

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Fenómenos sociológicos como elementos integradores de la  
ley en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Manuel Novalvos Pérez**

DIRECTOR:

**Manuel Albaladejo García**

**Madrid, 2015**

Rd. 54446

J

268

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
Facultad de Derecho-Sección del Doctorado

"FENOMENOS SOCIOLOGICOS COMO ELEMEN  
TOS INTEGRADORES DE LA LEY EN LA JU  
RISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO".



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

DIRECTOR : PROF. D. MANUEL ALBALADEJO GARCIA.

DOCTORANDO : MANUEL NOVALVOS PEREZ.



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

P R I M E R A   P A R T E

- 3 -

## I N T R O D U C C I O N



"La ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas, introduce un factor cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos". (1).

"Las realidades de la vida, con sus hechos concretos, obligan al Tribunal Supremo a completar su doctrina", (S. 7-5-926).

## CAPITULO I,

### INTRODUCCION

1.- Tema objeto de la tesis.- La presente tesis tiene como fin el demostrar que los fenómenos sociales constituyen, a través de la actividad judicial, elementos integradores de la Ley. Para ello nada más idóneo que efectuar un estudio amplio en el fruto de la citada función judicial, es decir, las sentencias dimanadas de los órganos propios, los Tribunales. Centraremos nuestro estudio en las sentencias de nuestro más alto Tribunal, es decir, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, referidas a la Sala de lo civil o Sala primera.

A fin de aclarar a qué tipo de fenómenos nos referimos, creemos necesario aportar algunas definiciones de autores consagrados que coinciden con lo que el doctorando ha tenido en cuenta para decidirse por

el tema del presente trabajo.

Primero dividiremos los fenómenos en humanos y sociales, pues ambas concepciones tienen aplicación en el objeto estudiado.

Por lo que a los fenómenos humanos se refiere, serán "el conjunto de sentimientos e impulsos que son humanos en tanto que superiores a los de otros animales inferiores o en tanto que atribuibles a la Humanidad, en general, y no a una raza o tiempo particular" (2).

En cuanto a los fenómenos sociales, éstos o los hechos sociales son para Durkheim "modos de actuar, de pensar y de sentir exteriores al individuo, y que poseen un poder de coerción en virtud del cual se le imponen" (3).

Teniendo en cuenta lo dicho, los fenómenos sociales en general serían "todo modo de hacer, fijo o no, que puede ejercer sobre el individuo una imposición exterior, o también que es general a la ex-

tensión de una sociedad dada, al mismo tiempo que poseen una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales".

Analizaremos, pues, a través de la propia - jurisprudencia, en su sentido de colección de sentencias, el modo en que los fenómenos sociales van completando su doctrina y, por tanto, creando Derecho, integrando, en suma, la Ley.

Ante una situación dada, el juzgador ha de - dar una solución, para lo cual aplicará la norma - idónea, haciendo uso de la denominada interpretación. En el caso de que la norma no exista, es decir, que se encuentre ante la laguna de la Ley o - del Derecho, obviamente acudirá a las restantes - fuentes del Derecho, y es aquí donde empiezan a surgir los problemas típicos de la actividad judicial, planteándose las siguientes preguntas :

¿Cuáles son las fuentes del Derecho?

¿Qué dice la Ley al respecto?

¿Existe alguna otra fuente no recogida en la Ley?

Ante esta situación que se le presenta al juzgador, y para centrar el tema de nuestro trabajo, - estudiaremos las diferentes cuestiones suscitadas, - a fin de ir clasificando los diversos conceptos y - llegar al punto base de la presente tesis.

El artículo primero del Código Civil vigente dice : " 1.- Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios - generales del Derecho".

Por su parte, el nº 6 del citado artículo primero dice que "la jurisprudencia complementará el - ordenamiento jurídico..."; reconociendo, por tanto, el legislador valor de fuente indirecta del Derecho a la jurisprudencia.

Esta última concesión del legislador no ha venido más que a institucionalizar lo que ya repetidamente venía diciendo la propia jurisprudencia en infinidad de sentencias. Como ejemplo de ello, incluimos, entre otras, las siguientes :

- S. 11-12-922 : "La doctrina de la jurisprudencia

dencia muy reiterada merece igual respeto que la Ley escrita".

- S. 23-2-926 : "La trascendental misión en comendada a la jurisprudencia es la inteligencia y aplicación de las Leyes, sin olvidar que, según las disposiciones adicionales del Código Civil, - ha de tenerse presente para las reformas periódicas del mismo. No puede prescindirse ni contradecir la jurisprudencia sin incurrir en el motivo - séptimo de casación del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

- S. 12-6-926 : "Como es notorio, al Tribunal Supremo está encomendada la elevada misión de aplicar los principios generales del Derecho a los casos litigiosos sometidos a su definitiva resolución, así fijando el alcance de tales principios y de las Leyes y las reglas de hermenéutica para su aplicación a cada caso, como estableciendo en su - reiterada jurisprudencia normas a seguir inexcusablemente por los Tribunales de Instancia, tanto que su violación puede ser motivo de casación de las -

sentencias, siendo por ello evidente que cuando por esta Sala, repetidamente y a partir de un momento - determinado, se interpretan las Leyes con un criterio dominante, siquiera éste, real o aparente, difiera del hasta entonces seguido, ya por no referirse a casos iguales, ya quizá también porque se entienda equivocadamente exagerada y rigurosa la interpretación dada hasta entonces a los preceptos legales, es innegable que debe acatarse y seguirse aunque pueda estimarse nueva dicha jurisprudencia".

- S. 28-10-927 : "Las fuentes directas del Derecho Civil en la legislación anterior al Código - eran : la Ley, la costumbre en sus tres manifestaciones de según Ley, fuera de Ley y contra Ley; y la jurisprudencia de los Tribunales, a diferencia de lo que sucede después de publicado el Código Civil, en que únicamente tienen ese carácter : la Ley, y a falta de ella la costumbre del lugar, y como supletorio de los anteriores, los principios generales del Derecho..."

- S. 11-12-953: "Una sola sentencia, en cuan-

to a la doctrina jurídica que en ella se consigna, no tiene más valor que el de un antecedente que por la autoridad del Tribunal que la pronuncia debe ser tenido presente al resolver cuestiones semejantes - o análogas a la discutida en el juicio en que se dictó, porque al referirse cada sentencia a un caso concreto, las declaraciones que en ella se hagan están afectadas por las circunstancias que concurren y modalidades que ofrezca el caso a resolver; y es - aventurado el discernir por una sola resolución qué es lo que en ella constituye una norma de Derecho - aplicable con carácter general y lo que la singularidad del caso obliga a resolver; y por ello es preciso, para que esa norma quede definitivamente establecida con el carácter de un precepto legal, que sea reiterada en distintos juicios, revelando así un criterio constante y uniforme de aplicar la Ley, que es lo que crea jurisprudencia, fuente indirecta de nuestro Derecho, con fuerza de obligar".

- S. 12-4-954 : " Sólo constituyen jurisprudencia las sentencias de los Tribunales a cuyas resoluciones, por su alta jerarquía, se reconoce ese valor de fuentes indirectas del Derecho cuando en ellas se



revela un modo constante y uniforme de resolver las cuestiones planteadas por las partes en los mismos análogos casos al que es objeto de controversia en el pleito en que se trata de aplicar la doctrina".

- S. 29-3-955 : "Es cierto que si la Jurisprudencia ha de llenar su fundamental misión de fijar el sentido de la Ley con la fuerza vinculante exigida por razones de certidumbre jurídica, es deber de Jueces y Tribunales prestarle leal acatamiento..."

- S. 5-6-968 : "...cuando sabido es que la doctrina legal útil para fundar en su infracción un recurso de esta clase, es la que se establece en las repetidas idénticas decisiones de este Tribunal Supremo, que sean aplicables al caso del pleito, no pudiendo estimarse como fuente indirecta de Derecho y por lo tanto de ineludible cumplimiento la doctrina consignada en una sola sentencia...".

Por tanto, hemos de admitir, a la vista de la demostración expuesta, el carácter de fuente de Derecho de la Jurisprudencia. Ahora bien; la jurisprudencia

dencia es creada por los jueces y aquí es donde entra de forma directa la aplicación del arbitrio judicial, que podríamos dividir en tres fases o facetas :

La primera se daría cuando existe ley aplicable al punto controvertido o costumbre probada. En cuanto a la aplicación de los principios generales del Derecho, creemos que sería la segunda fase a citar, es decir, cuando no existe ni Ley ni costumbre probada. El Juez, y según la jerarquía de las fuentes, habrá de acudir a los citados principios para destilar de ellos la solución al caso dado, teniendo en ambas fases que poner en práctica las reglas de interpretación judicial. La tercera faceta del arbitrio judicial se daría en el caso en que lo anterior no le bastase al Juez, es decir, cuando efectivamente se diera la situación de la existencia de lagunas de la Ley o del Derecho. Aquí el Juez habrá de acudir a todo aquello que en principio está permitido, es decir, el uso de la analogía, la aplicación de la equidad, etc., etc.; pero lo que no cabe la menor duda es que en las actuaciones descritas, el Juez está creando

Derecho : cuando actúa en la primera faceta, no hace más que aplicar los mandatos de la Ley o costumbre, lo que normalmente no ocasiona problemas, siendo esta función la lógica dimanante de la actuación objetiva del juzgador aplicando las normas dadas.

En el segundo nivel o fase, el juzgador se encuentra ante la necesidad de deducir de los principios generales del Derecho la solución de un caso dado; ante esta situación, el Juez ha de apartarse ya de las reglas fijas, poniendo en juego una labor de interpretación que habrá de ajustarse a esos principios generales, no obstante la abstracción de los mismos, aunque en la práctica judicial tienen el valor de reglas fijas y, por tanto, el juzgador, en base a su experiencia, encuentra en los mismos un apoyo seguro donde basar sus decisiones.

En la tercera fase de dificultad, el Juez se encuentra ante la situación de que no existe Ley aplicable ni tampoco costumbre, y al intentar aplicar los principios generales del Derecho, observa que aún le sigue faltando una realidad objetiva de donde extraer

las normas que hubiere de aplicar; es decir, se encuentra ante lo que la doctrina ha dado en llamar - la existencia de lagunas de la Ley o del Derecho.

Al juzgador le es dado por la Ley la posibilidad de aplicación de la equidad y la analogía, si - bien esta última sujeta a una serie de requisitos para su validez.

A través de lo expuesto, observamos que la actividad judicial se desarrolla de diversas formas, ante diversas situaciones dadas, desde una actuación estrictamente sujeta y delimitada, sin opción de - abandonar la rigidez impuesta, hasta una libertad absoluta, prácticamente sin trabas, pasando a través de una o varias situaciones intermedias, en que el - juzgador actúa de forma reglada, pero con amplio margen de libertad.

No es así, naturalmente, cómo expone su actividad el propio juzgador, sino que éste siempre actúa, "dice él", sujeto a unas normas, y para ello justifica su actuación utilizando ampulosas palabras : prin

cipios generales, ética, usos, moralidad, analogía, equidad, etc., etc.

No pretendemos en el presente trabajo insinuar que los juzgadores intentan justificar su arbitrio personal con palabras biensonantes, no; sino que creemos que lo hacen convencidos de ello, pues lo que no es fácil es reconocer o explicar lo que verdaderamente pasa y qué es, que sus decisiones son influidas, de forma incluso inconsciente, por la situación social que les rodea, y estas situaciones, que son regidas por las normas sociales, se van integrando poco a poco en sus decisiones, creando Derecho en su reiteración y, por tanto, integrando la Ley, convirtiéndose de esta forma en jurisprudencia, es decir, en fuente de Derecho. Entre otras, veanse Ss. de 20-12-952, 11-12-953, 12-4-954, 22-11-955, 1-2-958, 19-12-960, 18-1-962, 15-11-963 y 5-6-968.

2.- De la creación del Derecho y sistema a seguir en el desarrollo de la exposición.- Al proceder a demostrar la cualidad de elementos de integración de la Ley de los fenómenos sociológicos, se hace necesario también llamar la atención sobre la realidad de que el fenómeno de la jurisprudencia, - por un lado, y el también fenómeno del arbitrio judicial, por otro, son fuente de Derecho con un alcance muy superior al que suele concedérseles, pues la ilusión de que sólo interviene en la decisión de las controversias el Derecho emanado de fuentes oficialmente proclamadas y admitidas, es sólo eso, una ilusión (4). La causa principal de esta creación de Derecho es porque éste se derrama fuera de la norma formal que lo contiene, porque vive agitado por las circunstancias siempre inquietas de la vida social (5), y, por tanto, los fenómenos sociales se integran en la Ley a través de la actividad judicial como medio, y de la jurisprudencia como forma.

Entendemos con Puig Brutau que no existe más Derecho ideal que el ajustado a las circunstancias

sociales para las que pretende ser una norma.(6) La nueva redacción del Código Civil en su artículo primero, número 6, viene a suavizar la idea de la anterior redacción en sus artículos 5 y 6, que parecía - impedir la evolución del Derecho Civil a impulsos - de los casos resueltos por los Tribunales, al haber admitido en el punto citado el que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico.

El Derecho, pues, no puede permanecer inmutable por la razón sencillísima de que los hechos no permanecen invariables ni son siempre los mismos, sino que éstos están siempre sujetos a la variabilidad de la naturaleza humana.

Las ideas de equidad, justicia, Derecho natural, etc., siempre han sido conceptos que han irrumpido en el recinto del Derecho estricto cuando la actitud de éste para dar soluciones justas se muestra notoriamente deficiente (7). Detrás de estas ideas siempre están los fenómenos sociales que crean nuevas situaciones y, en consecuencia, obligan a los jueces a variar la frase histórica de "ubi ius tibi remedium"

por la real de "ubi remedium tibi ius".

Los conflictos que se plantean entre una solución legal, originalmente satisfactoria, y las nuevas situaciones o nuevos fenómenos sociales, tampoco pueden resolverse apelando al espíritu de una doctrina tan ligada a su época para entresacar de las palabras de la Ley las normas jurídicas ocultas en ellas; no hay que mirar hacia atrás con objeto de hacer vivir y concebir la vida independientemente al espíritu que duerme en el texto legal, sino que hay que practicar una jurisprudencia orientada a la realidad social actual e inspirada por la conciencia de su tiempo (8).

La Ley prohíbe solucionar los casos mediante - una valoración eminentemente personal del Juez, pero en el número 6 del artículo primero del Código Civil vigente parece que al considerar a la jurisprudencia como fuente indirecta del Derecho está reconociendo, aun de forma casi sigilosa, el que se dan circunstancias decisivas en casos concretos que han de ser contempladas desde el punto de vista de las concepciones



del respectivo ambiente social y, por tanto, la admisión de estas circunstancias o fenómenos como elementos integradores de la Ley.

Como decía Ripert, si el Derecho tiene por objeto hacer reinar el orden en la sociedad, el verdadero progreso del mismo consiste en no ofrecer nuevas normas, sino asegurar un orden mejor. Por eso, la necesidad de reglas de carácter abstracto y permanente claramente expresadas y reforzadas con sanciones eficaces. Sólo cuando las convicciones materiales de la vida y las costumbres cambian, debe modificarse también la normativa que ha de ofrecer la satisfacción a un ideal de justicia (9).

Ello significa, por tanto, que al paso que va cambiando el entorno político, económico, sociológico o cultural, va cambiando también, lentamente a veces e imperceptiblemente también, la jurisprudencia, es decir, la forma de ser, los pensamientos, de los que hacen la jurisprudencia, empujados, forzados o quizá más bien influídos por los fenómenos sociológicos de su tiempo.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1.928 declaró que " cuando unos preceptos legales están en contraposición con progresivas concepciones jurídicas, aquéllos - mueren para dar vida a otros, pues la naturaleza, - las circunstancias y las realidades de la vida, tienen que ajustarse a estas evoluciones científicas".

En todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo : descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema (10).

Nada es menos razonable que las definiciones universales y detalladas de lo razonable. Lo que sea razonable debe determinarse con referencia a un tiempo, lugar y circunstancias definidas.

Hay, pues, siempre tres factores en lucha : el orden (tendencia formalista), la justicia (tendencia idealista) y el progreso (tendencia realista). La comparación jurisprudencial es, pues, necesaria y propia para ayudarnos a cubrir el abismo que separa la filosofía especulativa del Derecho de la realidad

positiva.

Cuando no se quiere ser esclavo ni del texto ni de la arbitrariedad partidista y estatal, sino - asegurar ante todo el adecuado funcionamiento del - instrumento que el Derecho pone en sus manos, no hay más remedio que resignarse a entrar en el terreno de la valoración social y política, o sea metajurídica, la cual no está asistida por técnica alguna y hace del Juez un árbitro (11).

El Derecho es realidad, y aun habría que decir que es realidad singularmente plena. El fenómeno de la tensión del Derecho es demasiado patente para que haya escapado a la atención de la ciencia jurídica - contemporánea. Esta tensión no es la que puede existir entre la norma "como deber ser" y la realidad como "ser", es tensión entre el Derecho como realidad - vigente y otras vigencias o realidades sociales.

La tensión del Derecho se nos aparece como algo ciertamente acusado, pero no más que un fenómeno más general : el de la tensión entre las tendencias sociales recibidas y las nuevas tendencias en gestación.

Por todo lo expuesto hasta aquí, consideramos que para explicar lo que se pretende habrá que desarrollar, de forma al menos indicativa, en lo que a nuestro punto de vista concierne, aquello que la doctrina dice, de una parte, y, de otra, la jurisprudencia establece sobre los conceptos que hasta ahora venimos utilizando en esta introducción, sin olvidar lo legalmente establecido al respecto.

Considerando los diferentes momentos en que se dan y teniendo como guía y pauta la actividad judicial, analizaremos el arbitrio judicial, exponiendo la idea de lo que es y supone el mismo. A continuación se estudiará la actividad judicial en sus diversas fases - dando igualmente una idea sobre su significación.

En la primera fase de actividad judicial, ante la aplicación al punto controvertido de las fuentes reconocidas y existentes al respecto, es decir, la Ley o la costumbre, el Juez aplicará las fuentes citadas simplemente interpretando las mismas y, en consecuencia, otorgando

gando la justicia prevista.

En esta fase, pues, aparecen como conceptos a desarrollar y analizar, desde el punto de vista en - que venimos enfocando el presente trabajo, los siguientes conceptos :fuente del Derecho en general, - así como la interpretación propiamente dicha de las fuentes formales.

En la segunda fase, es decir, cuando no existe Ley o costumbre aplicable, el juzgador deberá acudir a los principios generales del Derecho como elementos integradores de la Ley. En esta segunda fase el concepto a exponer es, pues, el de "principios generales del Derecho".

En la tercera fase, cuando el Juez se da cuenta de que ante la situación dada no existe ni Ley ni costumbre aplicable y los principios generales tampoco le dan solución, se encuentra entonces con la verdadera laguna de la Ley o del Derecho, y ante tal situación dada, y para no incurrir en responsabilidad, - tendrá que juzgar a tenor del artículo primero, núme-

ro 7, del Código Civil, ateniéndose al uso de su pro  
pio arbitrio, definiendo su actividad en base a pala  
bras biensonantes que recuerden las establecidas en  
la Ley como fuentes directas o indirectas reconocidas;  
pero la verdad será que el Juez estará creando Dere-  
cho, integrando la Ley, influenciado por los elemen-  
tos o hechos sociales ocasionados en su entorno vital.  
En esta tercera fase el concepto a analizar será, pues,  
el de "lagunas jurídicas".

En otro eslabón de dificultad recurrirá el Juez  
a todo aquello que por la Ley le es permitido, y que  
en el presente trabajo hemos denominado como "otros -  
elementos de integración de la Ley" ; la analogía y -  
la equidad.

Todavía le queda al juzgador otra posibilidad  
acudiendo a la jurisprudencia como elemento integra-  
dor, reconocido actualmente por la Ley en el artículo  
primero, número 6, del vigente Código Civil. Los con-  
ceptos a analizar ahora serían los de analogía y equi-  
dad, por un lado, y el de jurisprudencia, por otro.

La exposición del presente trabajo se llevará

a cabo, según lo expuesto, en dos partes :

La primera, denominada parte teórica, donde se expondrán los conceptos legales, doctrinales y jurisprudenciales de las instituciones y actividades tratadas.

La segunda, que denominaremos parte práctica, donde, a través de las propias sentencias seleccionadas referentes a soluciones encuadradas dentro de un amplio articulado de nuestro Código Civil, analizaremos la influencia de los fenómenos sociales - en la actividad judicial, observando cómo el arbitrio judicial, visto igualmente como propio fenómeno social, afecta a la creación del Derecho y consecuentemente se integra en la Ley.

ARBITRIO Y ACTIVIDAD JUDICIAL



"Nuestro Código Civil autoriza al juz  
gador para establecer la regla de Derecho -  
aplicable al caso sometido a su decisión cuan  
do no existe Ley o ésta es deficiente, y para  
interpretarla si es oscura la existente..."

(S. 27-5-924)

## CAPITULO II.

### ARBITRIO Y ACTIVIDAD JUDICIAL.

1.- Arbitrio judicial. Desarrollo.- Habremos de fijarnos en cuál es la verdadera arbitrariedad judicial, el uso de su arbitrio por parte de los Jueces y el uso de los conceptos que hasta ahora hemos venido citando, para ver las diferentes formas de creación del Derecho.

Los observadores de la realidad jurídica dicen que el Derecho es lo que de hecho hacen los Tribunales, y sólo lo que éstos reconocen representa un verdadero derecho subjetivo.

En sentido estricto, el arbitrio judicial consiste en la facultad que tienen los Jueces de aplicar el Derecho adaptándolo a las circunstancias concretas del caso que han de resolver.

En sentido más riguroso, es la facultad que la Ley concede al Juzgador para que, dentro de límites más o menos amplios o flexibles, la interprete en relación con el supuesto concreto que ha de solventar, o complete algún extremo que la misma Ley - deja a su juicio personal.

Si decimos que el arbitrio judicial es la - facultad que asiste a las personas que tienen encomendada la resolución de una controversia para dictar la resolución que consideren adecuada, habremos dado una noción amplia que nos retrotrae a la fase anterior a la doctrina de la separación de poderes. Antes de estar formulada dicha separación, no dejaba de existir cierta delimitación entre la función de dictar normas de carácter general y la de resolver controversias determinadas. Pero, sobre todo, después de su teoría formulación, tampoco ha dejado de existir una zona común en la que coinciden en una actividad creadora de auténtico Derecho tanto el legislador como el Juez. Es decir, la formulación expresa de tal doctrina ha servido para que se defina el arbitrio judicial con la relativa inexactitud de dar

por supuesta una tajante separación entre la función de crear Derecho y la de aplicarlo. El arbitrio judicial no sería otra cosa, desde este punto de vista, que una débil excepción a la regla, o tal vez ni tan solo eso, es decir, sería como una posibilidad de aplicar el Derecho previamente formulado, añadiendo el Juzgador los actos accesorios o complementarios que fueran indispensables. En realidad, sin embargo, se trata de un acto de verdadera creación en el sentido de ser integrador del orden jurídico en su fase decisoria y con el valor de un precedente.

El Derecho "se expresa" en autoridades, llamadas fuentes, que se desarrollan alternativamente en forma de Ley, costumbre o principio jurídico general, o bien los principios que no pueden verificarse sobre una Ley, no son otra cosa que "arbitrio judicial objetivado" (12).

La decisión judicial tiene que encontrar su fundamento en una norma jurídica. Para ello, es precisa - también una doble tarea: ante todo es necesaria una peregrinación del Juez a la busca y captura de la norma

que le parece aplicable al caso. Ello entraña ya una selección más o menos arbitraria; el Juez decide si aplica la norma a) o la norma b) o la c). Sin embargo, la aplicación de la norma ha de hacerse a través de un instrumento tan irregular como el representado por el criterio del hombre ante las circunstancias concretas de cada caso (13).

Casi siempre existe cierta pugna entre una institución como estructura y la finalidad a que ha de servir; es decir, entre la norma reconocida, que impide que el arbitrio se convierta en arbitrariedad, y la función social para cuyo servicio, en definitiva, la norma fue creada (14).

El Profesor Legaz y Lacambra dice que la arbitrariedad es conducta antijurídica de los Organos del Estado: a) por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada; b) por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar en relación a una norma superior; c) por transgresión de la esfera de la propia competencia (15).

Decir Derecho arbitrario sería sencillamente expresar una imposibilidad lógica: una "contradictio in adjecto", pues sería decir de una cosa que era y no era Derecho; ya que arbitrariedad es no Derecho, lo contrario de Derecho, la negación de Derecho en su forma.

Sin embargo, se admite que puede haber actos arbitrarios justos o injustos. Un acto de arbitrariedad es justo cuando la negación del Derecho en un caso dado tiene el sentido de establecer una solución más justa para el mismo; aunque de forma general la justicia exige, por su misma esencia, la proporcionalidad y la igualdad, y, por tanto, la norma o medida general, que es cabalmente lo contrario de la arbitrariedad.

Pero a pesar de lo dicho, la arbitrariedad es negación de la forma de Derecho y negación de la justicia, en tanto que ésta se realiza a través del Derecho, pero por la naturaleza antinómica de la justicia (que exige generalidad e igualdad de medida y adaptación al caso singular) puede verse en algunas circuns

tancias como más justo el acto arbitrario que el conforme a Derecho, aunque sólo por estricta relación - con los demás ya constituye no sólo arbitrariedad, si no injusticia.

La institución de los Tribunales de Justicia, dice Arnold, debe cumplir su misión de representar la justicia en un mundo donde apenas existe, y que por ello es menester representarla, así como representar la libertad frente a otra ingerencia arbitraria, precisamente porque nos encontramos en un mundo donde - los actos arbitrarios son la norma suprema (16).

La ciencia del Derecho ha de representar siempre un freno puesto al arbitrio del jurista práctico para evitar que llegue a convertirse en pura arbitrariedad (17).

Sin embargo, un fiel observador de la realidad jurídica, es decir, un "legal realist", diría - más sinceramente que la obligación jurídica nace pura y simplemente del arbitrio judicial (18).

Desde los principios más fundamentales que -

son proyección de la moral sobre los problemas de la convivencia en sociedad, hasta las reglas más concretas contenidas en un Código, existe toda una gradación de normas que exigen en mayor o menor medida el esfuerzo del arbitrio judicial para poder desarrollar toda la potencia normativa que contienen (19).

Ultimamente ha surgido una nueva teoría en la Europa continental que se puede entender muy bien si la denominamos teoría de la equidad, ya que los métodos del Chancellor inglés influyeron mucho en su aparición. Para los ~~sostenedores~~ sostenedores de esta teoría es esencial obtener una solución justa y razonable de los conflictos individuales. Conciben las normas jurídicas, legisladas o consuetudinarias, como guías para los Jueces, a quienes conducen a resultados justos. Pero insisten así mismo en que, dentro de ciertos límites muy amplios, el Juez debe ser libre para decidir los casos particulares, de modo que sus fallos cumplan con las exigencias de la justicia entre las partes y se ajusten a la razón y al sentido moral de los hombres comunes (20).



En el Derecho anglonorteamericano de nuestros días no se dan menos de 7 medios para llegar a la individualización en la aplicación del Derecho. En la práctica llegamos a la individualización mediante :

1.- La discrecionalidad de los Tribunales en la aplicación de las fórmulas de equidad.

2.- Pautas legales aplicadas en general a la conducta cuando se infiere un daño y también a ciertas relaciones y oficios.

3.- El poder de los jurados para dictar veredictos generales.

4.- La amplitud de la aplicación judicial implicada en la determinación del Derecho.

5.- Los recursos para adaptar las sanciones - penales a los ofensores individuales.

6.- En Tribunales inferiores, mediante métodos extraoficiales de administración de justicia; y

7.- Tribunales administrativos (21).

En definitiva, si el Juez moderno no puede - ser considerado como en los tiempos de Montesquieu

y su función de aplicar el Derecho incide en valoraciones éticas muy elevadas, no precisa por ello proyectarse hacia la arbitrariedad si acierta a captar una visión exacta del ordenamiento jurídico en su integridad y utiliza las posibilidades que la técnica de la interpretación jurídica le ofrece. (22).

No existe la posibilidad de que el Derecho positivo reconozca la validez de sentencias irregulares, pues, al menos, son revocadas por el Tribunal Supremo (mediante un nuevo acto jurisdiccional), o confirmadas por él; pero nunca los actos jurisdiccionales supremos son a su vez objeto de revisión, en lo cual consiste el principio de la independencia del poder judicial, en que se ha basado lo que se llama el "Estado Moderno" (23).

"En los Gobiernos despóticos imperan los hombres; en los moderados, las Leyes. El arbitrio de los Magistrados se debe impedir y privarles de todo aquello que los haga superiores a ellas... La libertad del ciudadano está fundada sobre la base

firme de las Leyes; cuanto mayor sea el rigor de és-  
tas, tanto más crecerá la libertad, y se aminorará,  
al paso que se aumente el arbitrio del Juez" (24).

Ya en Las Partidas se otorgaba al Juez el po-  
der hacer uso de su arbitrio, autorizándole a deter-  
minar la pena con arreglo a las circunstancias del -  
delincuente. Posteriormente y siguiendo hacia una -  
juridización total de la actividad del Estado y con-  
siguiente eliminación de la arbitrariedad, se instaur  
ra en el ámbito de la Administración una justicia admi  
nistrativa jurisdiccional de los actos administra-  
tivos.

La última fase del Estado Moderno en la elimin  
ación de la arbitrariedad es la instauración de una  
justicia constitucional, o, por lo menos, la posibi-  
lidad de un control jurisdiccional de la Administra-  
ción.

Para llegar a la instauración de lo que se -  
llama el "Estado de Derecho", es necesaria la eliminan  
ción de la arbitrariedad. El proceso de eliminación

de la arbitrariedad del ámbito del Estado conduce a lo que se llama el "Estado de Derecho".

Se han expuesto diversas ideas a favor y en contra del arbitrio judicial, si bien entendemos - que las opiniones contrarias son debidas a que han enfocado la idea de arbitrariedad desde un punto de vista estático de la realidad social, sin tener en cuenta la dinámica de la misma, y también fijándose exclusivamente en el aspecto negativo de la actividad judicial.

A.- Regulacion legal.- Hasta la Reforma del Código Civil de 31 de Mayo de 1.974, la facultad - de la arbitrariedad creemos que se encontraba recogida en el artículo seis, párrafo 2º : " cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

Concedía este precepto, a nuestro modo de - ver, la posibilidad de que el Juez usara de su arbitrio para buscar la solución dada, según la sen

tencia citada al principio de este capítulo.

En la actualidad creemos que se recoge la misma facultad en el artículo 1, nº 4, que dice : " Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"; si bien parece que el punto 7 del mismo artículo delimita al Juez "al sistema de fuentes establecido", aunque en el nº 6 del mismo artículo dice : " la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales de Derecho".

B.- Apunte jurisprudencial.- La trascendencia de la misión jurisprudencial nos viene ya reflejada en la importante Sentencia de 21 de Abril de 1.926, que transcribimos por su claridad al respecto : "... una sola Sentencia no forma jurisprudencia; y aunque hubiera habido varias, siempre que fueren del siglo anterior, no podrían respetarse en el presente, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es estática,

tiene que ser dinámica como las mismas leyes, que teniendo el carácter de permanentes en sus derechos son variables en su evolución progresiva al tener - en cuenta las nuevas necesidades y realidades de la vida, y por ello el precedente sentado en aquella - Sentencia, carece hoy de fuerza jurídica porque el legislador inspirándose en la evolución de las ideas en esta materia ha dictado disposiciones legislativas posteriores de carácter regulador de los conflictos sociales". (Ver Ss. 3-4-945, 19-7-965 y 25-4-972).

En la parte práctica de este trabajo y en los epígrafes correspondientes se expone con profusión - el concepto jurisprudencial del arbitrio judicial y la utilización que del mismo hace la propia doctrina legal. (Ver Ss. 28-5-971, 14-6-971, 23 y 24-3-972, 20-11-973, 18-2-974, 23-9-974, 3-5-975 y 27-9-975).

A pesar del enfoque civil de la presente tesis, incluimos aquí, por considerarlo importante, comentario sobre la institucionalización del arbitrio judicial en el Código Penal.

El Artículo 2 del Código Penal vigente de 1.944

pone de relieve las características de tipicidad en las figuras de delito y de determinación de la pena que les corresponda. Sin embargo, el arbitrio judicial desempeña un papel casi decisivo, tanto en la determinación de ciertas figuras delictivas, como en la aplicación de las penas dentro de ciertos grados.

Así, el artículo 258 del Código Penal define las figuras de delito de depósito de armas de guerra y depósito de armas de defensa. Sin embargo, la imposibilidad de encerrar en una figura bien delimitada tales conceptos resulta patente cuando, en su último párrafo, declara que por cuanto concierne a los depósitos de municiones, el Tribunal, apreciando la cantidad y clase de las mismas, "declarará si constituyen depósito a los efectos de esta sección".

De otro lado, por lo que se refiere al ejercicio del arbitrio judicial, no en relación a la función calificadora de una figura delictiva, sino a las consecuencias inherentes a la misma, el artículo 487 del Código Penal afirma que una vez probada la existencia de un delito de abandono de familia, "el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria

potestad o de la tutela o autoridad marital que tuviere el reo".

2.- Actividad judicial en la creación del Derecho.- Parece ser que donde hay que buscar los progresos decisivos sobre la concepción tradicional con respecto al significado propio de la actividad jurisdiccional como creadora del Derecho es en Kelsen. Para este autor aplicar una norma, individualizar una norma, es crear una norma individual. (25),

El problema eterno que tienen planteado las ciencias jurídicas de todos los países civilizados es el de la lucha y la contraposición entre el "ius strictum" y el "ius aequum", que es tanto como aludir al problema de la distribución de potestades entre la Ley y el poder del Juez en la tarea de la creación del Derecho (26).

La sentencia judicial como norma individual no es sólo una operación lógica de individualización, sino un acto de creación que implica, dentro de ciertos límites, un "punto de vista sobre la justicia", -



una propia valoración, pues si bien, bajo cierto aspecto, la relación entre la norma general y la norma individual es la de género y especie, relación puramente lógica, la norma individual implica, por otra parte, la determinación de qué especie es precisamente la que ha de elegirse, pues ese margen de libertad lo deja siempre la norma general, y ese acto de elección no es ya una operación lógica, sino un acto creador. En este sentido, el Juez no crea normas jurídicas de carácter general ni puede hacerlo en tanto que actúa como Juez; es, sin embargo, un auténtico creador más (como el legislador o el administrador) en el proceso dinámico de creación del orden jurídico (27).

La función del Juez rebasa el ámbito de la mera subsunción lógica del hecho controvertido en la norma aplicable, pues, con la interpretación de ésta, individualiza el Derecho, lo completa con soluciones nuevas y lo adapta a la realidad de la vida, realizando así una labor creadora o, más exactamente, una elaboración reconstructiva del Derecho, porque, recogiendo las normas legales, las interpreta, desenvuelve y sistematiza (28).

El Juez contribuye a la producción del Derecho en un doble sentido :

1º.- En cuanto al aplicar el Derecho a los casos concretos lo adapta a ellos e individualiza. No establece el Juez, en tanto que actúa como tal, normas generales; pero afina las establecidas por el legislador y les da flexibilidad, sacando de ellas las soluciones jurídicas que algunas Escuelas modernas - conceptúan como normas individuales. Este matiz de creación jurídica destaca en aquellos casos en que - se concede al Juez un poder discrecional con facul-tad de decisión según equidad.

2º.- En cuanto el ordenamiento positivo puede atribuir a la actividad judicial facultades normativas o de creación jurídica, haciendo de ella una fuente del Derecho.

En los sistemas modernos se manifiesta, sobre - todo, el poder jurídico creador del Juez en el Derecho

angloamericano, donde la actividad jurisprudencial es el más importante factor de la producción del Derecho, a través de la fuerza obligatoria del precedente (judge make law). Pero también en los países europeos - continentales, e incluso en España, la Jurisprudencia desempeña una importante función en la creación de - las normas jurídicas. (29).

En términos puramente teóricos cabe admitir sin duda un Derecho de creación judicial. En determinados momentos históricos las decisiones de los Jueces y de los Tribunales han sido auténticas fuentes del Derecho. Así, en Roma, Edad Media, etc. (30).

El método de los viejos juristas romanos era un método creador y concreto : ante un caso determinado nacido de la vida que era sometido a su conocimiento elaboraban una solución que no iba más allá del pro - pio caso, sin que tuvieran la pretensión de dotarla de ~~gener~~alidad y conferirla un valor normativo para el futuro. (31).

Es evidente que el Juez produce Derecho, no ya sólo en aquellos casos en los que se le exige una solución que no se encuentra en la Ley, por no haber ésta previsto el caso, sino también cuando lo aplica (32).

Resulta evidente que el acto legislativo y el acto de jurisdicción tienen de común el ser una formulación de Derecho mediante la ejecución de un derecho de rango superior; uno y otro crean normas jurídicas - al ampliar una norma de Derecho situada en un peldaño más alto en la escala normativa.

Y la falsa teoría que el hombre práctico no suele poner en duda consiste, en los países de Derecho Civil codificado, en la creencia de que el centro de gravedad de la creación del Derecho privado reside en la formulación de normas generales y no en la decisión de casos particulares (33).

El acto legislativo aplica la Constitución; el acto jurisdiccional, como el acto administrativo, aplica la Ley. La diferencia está en lo siguiente : el acto legislativo, al aplicar la Constitución crea una

"Ley", es decir, una norma general; el acto administrativo y el jurisdiccional, al aplicar la Ley, crean una norma individual (una disposición administrativa, una sentencia) (34).

Engisch afirma que el legislador es libre para crear la Ley, aunque esta libertad no signifique arbitrariedad. "Se trata de una cuestión de valoraciones en la que es preciso conservar el contacto con las valoraciones populares (volkstümlichen Wertungen)" ... "Siguiendo a la idea jurídica para crear una regulación satisfactoria de nuestro sentimiento de justicia (Gerechtigkeitsempfinden)" (35).

"Los jueces no son infalibles, pero son mucho más competentes para extender y exponer la Ley que los legisladores, que son siempre ignorantes y generalmente cargados de prejuicios..." (36).

La aplicación de los principios generales del Derecho a que se refería el anterior artículo 6 del Código Civil español, lleva al juzgador a ser, como ya hemos dicho, el legislador del caso concreto, un legis

lador ocasional.

Se puede afirmar que si el Derecho ofrece ciertamente una determinada estructura, se debe a que no es frecuente que los jueces pretendan inventar nuevos conceptos o alterar los viejos. En todo caso, pretenden que no lo hacen. Esta es precisamente la razón de que el Derecho pueda variar mientras los jueces y los juristas insisten en que no se altera. Los conceptos varían con el orden social sin que nosotros nos percatemos de ello; nuevos conceptos se forman sin que nosotros lo sepamos. En lo fundamental así es como debe ser, pues ello permite que el Derecho evolucione y, sin embargo, permanezca consistente (37).

Rodríguez Aguilera ha podido decir que el Juez no sólo manda, sino que hace Derecho. El caso concreto se decide conforme a la Ley, pero los perfiles determinantes de la resolución, que son el Derecho vivo de la sentencia, los crea el Juez (38).

La función de la Ley y la del Juez no han de ser discordantes, sino armónicas y complementarias. Lo que el legislador no puede prever ni regular, puede y

debe tenerlo en cuenta el Juez a la vista del caso. Pero la actividad del Juez, sobre todo tal y como la entendemos en nuestros países continentales, no tiene por qué quedar desligada de las pautas que le marca la Ley. Que ésta es insuficiente es algo que, entendemos hoy, no se puede poner en duda, pero esto no autoriza a excluirla de los límites a que alcanza. La tarea - que esa insuficiencia plantea no es la de generalizar la o extenderla, sino la de aplicarla, corregirla y - contrarrestarla.

Muy aconsejable para la doctrina es no olvidar la repercusión que las teorías tienen sobre la práctica del Derecho, ya que si no sirven para facilitar su aplicación al caso concreto, es preferible no formularlas. Los juristas no pueden permitirse el lujo de la fantasía y no pueden olvidar que si tratan de especular sobre temas jurídicos perdiendo de vista la aplicación práctica, corren el riesgo de destruir aquel - Derecho que tratan de formular muchas veces con desvelo. En todo caso, lo que parece perfectamente claro - es que la ciencia jurídica no puede ser materia para un diletantismo intelectual, porque dentro del Derecho

circulan a veces, dolorosa y hasta trágicamente, la sangre y las lágrimas de los hombres vivos (39).

Pero el Juez no es ni una máquina automática de subsumir, ni un legislador, es decir, un creador de normas generales : el Juez está sometido a la Ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la Ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el Juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin que aporta un plus al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que - han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos (40).

Y si bien es cierto que al Juez se le confiere la misión de cooperar en la realización del Derecho, sometiéndose a la Ley, no es menos cierto que es su ac



tividad la única que señala y precisa la eficacia del Derecho positivo. No es, pues, una herejía jurídica hablar de una creación judicial del Derecho, creación - que se manifiesta :

a) En la fijación del sentido de la Ley, cuando su texto se considera coincidente con su contenido (interpretación literal).

b) Precisando el valor de las palabras, de - acuerdo con el contenido de la Ley, bien dándoles un significado amplio o restringido (interpretación declarativa).

c) Rectificando la letra de la Ley para que - concuerde con su espíritu, bien ampliándola, cuando se expresa en términos excesivamente restringidos, o restringiéndola, cuando sus términos son demasiado amplios (interpretación crítica o correctora) (41).

No es, pues, exagerado hablar de creación judicial del Derecho, ni hay necesidad, para estimarlo así, de mantener las teorías realistas. La misión de intér

prete es siempre y en todos los puestos actividad crea  
dora (42).

La pretensión de que, en el Estado moderno, el Derecho, en la aceptación más sustantiva, deriva del acto consciente de su formulación como norma general, incluye igualmente la pretensión de que el jurista - práctico, especialmente el Juez, no ha de tener en cuenta consideraciones de tipo finalista en la aplicación del Derecho. En otros términos, que ha de mantener - una separación tajante entre el Derecho y la moral, - y que ha de obrar sólo según los dictados de una supuesta lógica jurídica y no en atención a consideraciones de conveniencia pública. Trata de lograrse inútilmente que éstas, es decir, las consideraciones de política jurídica, queden reservadas al legislador. En - realidad sucede todo lo contrario, como han puesto de manifiesto los observadores americanos de la realidad jurídica (43).

Por eso dice muy significativamente Walton Ha-  
milton que sólo cuando lo que ha decretado el legislado  
dor queda convertido en una serie de previsiones detada

lladas con referencia a los hechos de la vida diaria, a través de la función judicial se transforma en Derecho vivo (44).

El Código más completo y riguroso se deforma - incesantemente en contacto con la realidad, precisamente, porque, como dijo también Holmes, la administración de justicia está puesta en manos demasiado competentes para que la necesidad de hallar una solución justa sea sacrificada al rigor de un silogismo (45).

Ser jurista significa precisamente saber elevase desde las circunstancias de un caso concretamente regulado hasta la razón de su misma existencia, que - es, a la vez, razón de existencia, tal vez no reconocida, de otras reglas concretas (46).

Resulta curioso observar que la legislación, - en el Derecho privado, casi siempre se limita a formular con carácter general las normas que es posible obtener, mediante ellas, por inducción y a base de la - rica casuística que nos proporciona la aplicación profesional del Derecho, es decir, el Derecho de juristas (47).

El Derecho de juristas toma como punto de partida las normas del Derecho legislado y prosigue su labor creadora (48).

Dice Cardozo: "sea mi voluntad que mi justicia esté regida por mi clemencia" (Be it my will that my justice be ruled by my mercy) (49).

K.N. Llewellyn afirma que el Derecho es lo que hacen quienes están encargados de su aplicación y no lo que ellos dicen que hacen, ni lo que los libros dicen que deben hacer (50).

La necesidad de llegar a una solución justa - de los casos planteados exige combatir contra toda - pretensión formalista (51).

Para K.N. Llewellyn, los jueces no son simplemente los funcionarios encargados de aplicar las leyes, sino los que tienen por misión aplicar a las leyes el método jurídico (52).

Los que tienen por ocupación profesional pre-

venir o resolver los conflictos de intereses, son quienes impulsan de una manera decisiva la evolución del Derecho (53).

Todo lo dicho viene a darnos la base del tema que sintetiza el carácter creador del Derecho - del caso, es decir, "solvitur ambulando".

A la teoría del common law le debemos, además del ensanchamiento de horizontes que supone habernos liberado del monopolio del poder legislativo político, el desarrollo de una "escuela analítica" - sociológica de la jurisprudencia, que ha aplicado - con todo rigor el programa de una recherche clinique de la creación judicial, y que, por encima de esto, considera de modo general al Derecho no como una continuidad estática, sino, desde el punto de vista de la profesión judicial, como algo que se encuentra - siempre in statu nascendi, estudiándolo, pues, tal como "opera".

La actividad jurídica conduce, ante todo, a la formación explícita de aquellas normas que esta-

ban latentes e implícitas en la lógica del sistema so  
cial efectivamente en vigor. Pero conduce también, -  
en virtud de un tránsito natural y casi insensible, -  
a la integración de tales normas mediante otras suge-  
rencias coherentemente con aquéllas, por el mismo des-  
arrollo y complicación de las relaciones sociales (re  
bus ipsis dictantibus, usu exigente, et humanis nece-  
ssitatibus"). Gracias a la obra del Juez, se acelera -  
el proceso de gestación histórica del Derecho, y el -  
sistema vigente, aunque carezca de normas legislativas,  
se organiza con elementos nuevos y más elaborados (54).

La labor judicial significa el restablecimien-  
to continuamente renovado de la comunicación entre va  
lores ético-sustanciales (elementos de Derecho natural,  
"irreductible droit nature", como dice Gény) y los valo  
res formales e institucionales del Derecho. Para el  
sentido de este proceso de integración es indiferente  
que se verifique inadvertidamente en el curso de la in  
terpretación, o que se haga abiertamente por traducción  
de un postulado ético al plano jurídico de las "buenas  
costumbres", o de un principio político a los criterios  
de la "public policy", o sea, el "ordre public", y, en gene

ral, por la intercalación de los "topoi" específicamente jurídicos, como "naturalis ratio", "aequitas" y lógicas de la cosa (55).

El fin, según frase de Ihering, es el creador de todo el Derecho. Mas éste, apenas creado, niega ya a su propio creador : surgido de un fin, olvida pronto que su destino está en el cumplimiento de ese fin, y pretende valer tan sólo por su mera existencia, es decir, quiere vivir como un fin en sí, según propia legalidad. Temerosamente fue aislada la propia legalidad del Derecho de la actividad finalista del Estado, la Judicatura de la Administración. Este es el sentido del precepto básico de la independencia judicial. Este autor reconoce como los tres aspectos de la idea del Derecho, a la justicia, la finalidad y la seguridad jurídica (56).

"Cuando el Juez, dice Puchta, se ve abandonado por las fuentes exteriores, tiene que acudir a los principios del Derecho vigente (no al Derecho llamado natural) en demanda de la norma que ha de aplicarse; la encuentra, partiendo de la naturaleza de la cosa,

por la vía de la consecuencia jurídica y de la analogía" (57).

Podemos añadir que así se crea Derecho, a saber, observando la realidad y no pensando en abstracciones (58).

Representa un poderoso resorte doctrinal el pensamiento de quienes enseñan que juzgar según Derecho es, en cierta e indudable medida, intervenir en la creación de éste mismo (59).

Los jueces crean Derecho a pesar de que el legislador tiene dispuesto que no lo hagan (60).

A pesar de ello, y dado el reconocimiento de la existencia de lagunas jurídicas, la importante sentencia de 21.2.957 manifiesta claramente que las mismas deben ser subsanadas por la apreciación de los Tribunales conforme a la adecuación del hecho y sus consecuencias, con lo que los jueces se ven en esa necesidad que sostenemos de crear Derecho. Dice así la sentencia citada : " Para la aplicación del párra



fo 2º del artículo 6 del Código Civil, se requiere como condición fundamental una laguna de la Ley... discurriendo sobre la base de que para tal fijación no - hay Ley y debe acudirse a las fuentes supletorias.... y establecido el principio de hecho determinante del daño, el problema de adaptación del hecho a la norma, las consecuencias de esa adecuación y su determinación quedan sujetos principalmente a la apreciación de los Tribunales y se resuelve en función de lo alegado y - probado cabalmente para disciplinar el caso en la norma jurídica".

En realidad, el "arte judicial de hacer hablar la Ley" apenas se ha estudiado todavía, es más, su - simple exposición basta para suscitar las iras de todos los prácticos "bienpensantes" (61).

La obra del jurista, que es esencialmente lucha contra la arbitrariedad en su sentido peyorativo, sirve para acercar a los hombres a la certeza del Derecho entre los esquemas necesariamente genéricos de las normas formuladas por las leyes. La teoría ha de poner en evidencia los relieves y particularidades que ini-

cialmente aparecen difusos en su contorno, y de este modo multiplicar las previsiones entre los supuestos contemplados en la Ley, limitando el campo de lo imprevisible y arbitrario. Si la misión de los juristas se cumple rectamente, la consecuencia es una mayor seguridad, y, al contrario, si se usa inadecuadamente, puede ser fuente de incertidumbre y desorientación (62).

En síntesis, creemos poder afirmar que también nuestro Derecho Civil es, en cierta e ineludible medida, un Derecho hecho por los jueces, o, en sentido más amplio, un Derecho cuya incesante evolución es obra de los juristas (63).

Así lo vemos reflejado en la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias de 19-1-935 y 25-5-945, que por su importancia transcribimos a continuación:

"Así como la fijación del Derecho, en abstracto o en concreto, por la autoridad social en sus leyes, o por los particulares en la esfera de la

autonomía y de los actos jurídicos presupone una formulación o expresión de la voluntad sujeta a las imperfecciones propias de todo lo humano, y que ha de ser interpretada con la conveniente aptitud para que aquélla rinda el máximum de su potencialidad normativa y puedan entrar en juego no sólo su contenido literal y sus soluciones expresas, sino todo su contenido espiritual y sus soluciones latentes e implícitas, - del mismo modo la declaración y aplicación del Derecho por los Tribunales requiere una expresión o manifestación externa que es también susceptible de interpretación adecuada para que puedan quedar patentizados el verdadero sentido y el integral contenido de las decisiones en que la actividad judicial se plasme...".

" La función interpretativa, sea cualquiera la materia de la Ley, ha de aspirar siempre a que la intención de la norma obtenga su efectiva consagración y el fin de ella sea completamente realizado, de tal modo, que la interpretación restrictiva sólo es oportuna y procedente en aquellos casos en los que la debida apreciación de todas las circunstancias y elementos que puedan poner de relieve el verdadero sentido

de la Ley demuestre que la fórmula empleada por ella dice más que lo que la Ley quiere efectivamente de -  
cir, o, lo que es igual, cuando se haga necesario, -  
para acomodar la letra al espíritu, corregir la exuberancia verbal de la norma".

El jurista no puede quedar reducido a ser un fichero de leyes o un desmenuzador de artículos. Ha de dar sentido, animar y hacer eficaces las normas -  
jurídicas. (64).

Véase moderna jurisprudencia sobre el arbitrio judicial en las Ss. de 28-5-971, 14-6-971, 23 y 24-3-972, 20-11-973, 18-2-974, 23-9-974, 3-5-975 y 27-9- -  
975.

- 64 -

# I N T E R P R E T A C I O N

"Con el carácter de fuentes se enuncian de manera jerárquica : la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho"(65).

3.- Actividad judicial en su fase de aplicación de la norma. Interpretación.-

A.- Fuentes del Derecho.-

a.- Clasificación.- Las fuentes del Derecho - se pueden clasificar en materiales y formales.

Dice el Profesor Albaladejo que el Derecho positivo es un conjunto de normas. El poder de establecer éstas lo pueden tener diversos organismos o fuerzas - sociales. El que lo tenga es fuentes material de Derecho, en cuanto que al establecerlas da origen al Derecho. Pero como tales normas se pueden establecer de diferentes formas, se llaman fuentes formales del Derecho a los medios o maneras de establecer las normas que lo componen.

La distinción entre fuentes materiales y formales responde a las preguntas de : 1. ¿Quién establece el Derecho? (El Estado, el pueblo). 2. ¿Cómo lo esta-

blece? (En forma de leyes o de costumbres). Aquéllos son las fuentes materiales; éstas, las formales.

En nuestro Derecho Civil se admiten sólo tres : la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Pero se ha venido hablando (aunque ante el nuevo texto legal parece imposible seguir haciéndolo) de otras posibles fuentes, como la analogía, la equidad, la jurisprudencia, la doctrina de los autores, etc. (66).

Son fuentes formales las propias fuentes directas o inmediatas.

Es fuente material del Derecho todo factor o elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma jurídica.

Cabe decir, sin embargo, que las fuentes principales que teóricamente pueden dar vida o expresión al Derecho positivo son : en un primer plano, los prin-



cipios generales del Derecho, inspiradores de todo el ordenamiento jurídico, y en un plano subordinado, más especial y a la vez más visible y formal, la Ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, ya que la regla del Derecho objetivo puede ser captada por los agentes legislativos del Estado, por la espontaneidad popular, por los Jueces y Tribunales en sus resoluciones, o por los maestros del Derecho o jurisconsultos en sus dictámenes profesionales o trabajos científicos - cos. (67).

Sin embargo, nuestra Jurisprudencia considera a los principios generales como fuente subsidiaria. - Así, S. 26-11-926. La S. 27-5-967 considera a los - principios generales como fuente supletoria de segundo grado. También, la S. 21-11-968. Y la S. 3-10-970 los considera como fuente subsidiaria del Derecho. La S. 20-3-972 considera que los apogemas jurídicos constituyen fuentes subsidiarias del Derecho, según el artículo 6 del Código Civil. Igualmente la S. de 7-2-972.

Por eso cuando, después del nuevo título preliminar del Código Civil, la Jurisprudencia sigue repitiendo que los principios generales son fuente subsidiaria (S. 18-1-975), no puede sino decirlo en el sentido de que lo que es subsidiario es su aplicación directa. (68).

Es de notar que, para el Profesor Alfonso Cossío Corral, la fuente originaria del Derecho no es la Ley, sino la sentencia judicial : cada resolución del Juez es un hallazgo que interesa conservar, una luz que hará posible resolver con mayor facilidad y justeza los casos futuros. (69).

Gurvitch, en su obra "Théorie pluraliste des - sources droit positif", establece la siguiente lista de fuentes formales : la costumbre, el estatuto autónomo, la ley estatal y el Derecho administrativo, la práctica de los Tribunales, la práctica de órganos distintos de los Tribunales, la doctrina, las convenciones acto-reglas, las declaraciones sociales, precedentes y reconocimiento de un nuevo estado de cosas por aquellos mismos a quienes lesiona. (70).

Al lado del Derecho estatal, nuevas tendencias establecen otras fuentes del Derecho, basadas, como dice Espín, no en elementos objetivos, sino - puramente subjetivos que el Juez libremente investiga. Esta tendencia, llamada en Francia "Escuela científica" y en Alemania "Del Derecho libre o libre jurisprudencia", presenta matices muy variados que van desde la posición moderada de Geny hasta - las posiciones más avanzadas de Kantorowicz. (71).

b.- Otras clases de fuentes jurídicas.- Las fuentes directas se reducen ordinariamente a dos : la Ley, expresión reflexiva a través de los órganos oficiales, y la costumbre, expresión espontánea y directa de la conciencia popular, agregándose - también, por derivación, los principios generales - del Derecho en su aspecto normativo, expresión de la idea y concepto de la justicia, aplicables en - un ordenamiento jurídico determinado.

Como fuentes indirectas, los tratadistas señalan varias, entre ellas, la jurisprudencia y además el Derecho natural, el científico, las leyes -

históricas, la analogía y la equidad. Las directas son las fuentes en sentido tradicional.

Geny divide las fuentes en formales externas al intérprete (Ley, costumbre, tradición), y la libre investigación científica a la que la jurisprudencia tiene que acudir cuando faltan las Leyes formales. (72).

c.- Las fuentes en el Derecho español.- El Código Civil vigente dice en su artículo primero, nº 1, que "las fuentes del ordenamiento jurídico español - son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

Estas fuentes serían las fuentes formales directas en el ordenamiento jurídico español. Si bien en la nueva redacción del Título preliminar de dicho Código Civil, año 1.974, a la que venimos refiriéndonos, en el nº 6 del mismo artículo primero, se dice que la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Se entiende claramente, pues, que el propio Código Civil en la actualidad da a la jurisprudencia el valor de fuente indirecta del Derecho.

Por otra parte, el artículo 3, nº 1, del mismo Cuerpo legal dice que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras - (interpretación gramatical), en relación con el contexto (interpretación lógico-sistemática), los antecedentes históricos y legislativos (interpretación histórica), y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (interpretación sociológica), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (interpretación ontológico-finalista)".

En este artículo se plasman una serie de doctrinas e ideas no recogidas con anterioridad en la redacción del Título preliminar derogado, y que nosotros desarrollaremos a continuación apoyando las teorías citadas en sentencias que de manera explícita o implícita lo recogen, aun sin que las mismas - estuvieran recogidas en forma alguna en los textos legales.

También en el artículo tercero, párrafo 2º , la equidad, aun sin aparecer invocada como fuente del Derecho, parece que amplía las posibilidades - del juzgador, dándole libertad para la aplicación de la misma.

Y posteriormente, en el artículo cuatro, n° 1, se dice: "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

Al reconocer explícitamente el legislador - a la equidad y a la aplicación analógica la categoría de elementos integradores de la Ley, está, a - nuestro parecer, dando al Juez una gran libertad - de acción en su trabajo y, por tanto, permitiéndole de alguna manera la creación de Derecho.

El estudio de la exposición de motivos del Decreto 1.836/74 que venimos comentando en diversas partes de este trabajo, nos demuestra la corrección de la dirección de nuestro trabajo, pues toda ella -

está plena de ideas amplísimas con respecto a permitir que la Ley se integre o complete con aquellos fenómenos sociales que la experiencia y prudencia del sabio juzgador tamice por considerarlos propios y buenos para ello.

En el texto citado es observable la corriente de una situación conservadora y cerrada hacia otra - de nuevos aires y mayor amplitud de criterio y confianza en el buen sentido de nuestros jueces.

La Jurisprudencia reciente ha tratado las fuentes en Ss. 18-3-970, 7-2-972, 20-3-972 y 17-10-975.

B.- Desarrollo de la actividad judicial. Interpretación.- Estudiaremos a continuación la interpretación propiamente dicha, los elementos y modos de llevar a cabo la misma, y, finalmente, las diversas teorías - sobre aquéllos.

"En punto a la pertinencia o no de que los Códigos contengan unas normas predeterminativas de los criterios a utilizar en la interpretación, no hay - una actitud dominante y consolidada. La tesis negativa tiene en cuenta las ventajas de una mayor libertad por parte del intérprete y remite el proble-

ma de los criterios a utilizar al campo de la doctrina. La tesis afirmativa pondera los beneficios de cierta uniformidad en el modo de proceder. Por esto ha sido preciso inclinarse, dado el mandato de la Ley de Bases que se ha convertido en norma articulada, tal y como en ella aparece, es decir, sin mayores especificaciones, por temor a que los criterios perdieran el carácter esencial y flexible con que vienen enunciados, pues en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida" (73).

a.- Concepto de la aplicación de las normas jurídicas.- Las normas jurídicas siguen un proceso biológico normal : nacen y se extinguen; y entre ambos momentos despliegan su fuerza obligatoria, aplicándose a las relaciones de la vida social que van a regir y reglamentar.

En este sentido, representa la individualización de lo abstracto, plegar una norma concebida en términos generales a las circunstancias particulares de un caso concreto.



De ahí la afirmación de Gierke de que la aplicación es la individualización, investigación y formulación de las normas para un caso dado : la declaración in concreto del Derecho (74).

La teoría anterior más general, según Clemente de Diego, respecto a la aplicación de las normas jurídicas, es la de la "subsunción" formulada por Kant y seguida por Trendelenburg, Ihering, etc. Según esta doctrina, como la norma es una proposición condicional que consta de hipótesis y tesis, la aplicación consiste simplemente en examinar si su hipótesis se realiza en la especie concreta, para, en caso afirmativo, formular la tesis decisional en la que la premisa mayor es la Ley, la menor el hecho o realización de la vida, y la conclusión la sentencia o el fallo (75).

Para De Castro, mediante la aplicación del Derecho se trata de hacer que efectivamente el actuar libre de los hombres se ajuste al plan jurídico, que la norma pase de ser una proposición jurídica, a una realidad rectora del vivir social (76). Castán Tobeñas considera que es insuficiente la teoría puramente lógica de la

aplicación de la norma jurídica, y justifica la aparición de teorías mas amplias y de sentido funcional - que contemplan la actividad del jurista y del Juez como una tarea de individualización, realización y elaboración del Derecho, estimando que la actividad del Juez o del intérprete no puede reducirse simplemente al trabajo de subsunción de los hechos bajo la norma legal, pues incumbe al Juez o al jurista oficial una misión más importante de individualizar el Derecho: - integrarlo con soluciones nuevas y, dentro de ciertos límites, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo. (77).

Para el Profesor Albaladejo, la interpretación es la investigación del sentido de la norma a través de los datos y signos mediante los que ésta se manifiesta. (78).

Para Ennecerus, la interpretación puede conceputarse como el esclarecimiento de una norma. (79).

Puede afirmarse que la Ley no contiene todo el Derecho que, en cada instante, necesita para su vida normal la sociedad. Por ello, quien tiene a su cargo

la misión de interpretar y aplicar la Ley realiza en muchos casos una función verdaderamente creadora (80).

Este alguien que ejerce una función creadora - trata de encubriarla con la palabra "interpretación"(81).

Cabe preguntarse dentro de la misión interpretativa, cuál es el mágico instrumento que permite a los juristas referir a la norma general la solución de cada caso particular. Ese mágico instrumento es el designado por una palabra que solo hasta cierto punto corresponde a la realidad : "interpretación" (82).

b.- Concepto de la interpretación de la norma.-

Interpretación viene de inter (entre) y paro (comprar), significando la actuación del que mediaba en las compras, generalizándose después a otros negocios y asuntos de la vida. Cuando se habla de la interpretación - de la Ley, se da a entender, pues, que entre la fórmula rígida y abstracta de la Ley y el caso o especie regulados por ella, se alza la personalidad del aplicador del Derecho para acomodar aquéllos a éstos, incorporándose la norma con su verdadero significado a los

efectos y relaciones de la vida social. La interpretación es, pues, en definitiva, "la investigación dirigida a adquirir el sentido y alcance de una norma jurídica".

"Es la actividad intelectual encaminada a desentrañar el alcance de una norma jurídica". (83).

La interpretación es "la operación mental con la que aprehendemos el sentido y alcance de la norma." (84).

Interpretar es "determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma". En sentido más lato, "averiguar lo que tiene valor normativo". (85).

Interpretación en sentido estricto significa la investigación del sentido de la norma jurídica. En una acepción más amplia, se comprende también en la interpretación la obtención de nuevas normas por medio del procedimiento analógico para regular casos no previstos. (86).

En sentido amplio se denomina interpretación a todo el conjunto de actividades que se deben desarrollar para llevar a cabo la aplicación del Derecho. En un sentido estricto interpretación es sólo la última de las fases del proceso de aplicación de la norma. (87).

En este sentido, ha ocurrido casi siempre que - las personas encargadas de aplicar el Derecho han podido variarlo o alterarlo, incluso sin que ellas mismas se dieran cuenta. Pero no es menos cierto que cuando la modificación del Derecho a través de su "aplicación" o "interpretación" ha sido consciente, no se han atrevido a proclamarlo. (88).

Cabría diferenciar a lo largo de toda la historia del Derecho y del pensamiento jurídico, claramente sobre todo desde Roma, dos tipos fundamentales de aproximación metodológica al tema de la investigación (interpretación y aplicación) y realización del Derecho: uno, en el que predomina el análisis interno de la norma, investigación preferentemente lógico-formal, buscando deducir, desde esa norma de carácter general, la conclusión aplicable al caso concreto; otro, en el que predomina una perspectiva en cierto modo exterior

a la norma : aquella de los intereses, fines y valores a cuyo cumplimiento se orienta un determinado sistema jurídico (89).

Sin duda, la interpretación judicial consiente y aun reclama una cierta amplitud. Pero una cosa es interpretar, aun ampliamente, un derecho dado, y otra cosa - es crear un derecho nuevo en lugar de aquél. Sólo allí donde el Derecho positivo calla, debe el Juez recurrir a aquel Derecho que emana de la naturaleza de las cosas y es apreciable por nuestra razón; pero esto, sin contradecir a las Leyes vigentes (90).

c.- Clases de interpretación.- Se puede establecer una clasificación de la interpretación atendiendo a los siguientes elementos :

- En atención a las personas que la llevan a - cabo. Puede ser auténtica, usual y doctrinal, según sea hecha por el mismo legislador, o por los jueces en la diaria aplicación del Derecho, o por los juristas. La interpretación usual ya hemos dicho en qué consiste,- Pero también se emplea para designar la hecha por el

cuerpo social al vivir la Ley, lo que constituye una costumbre. Finalmente, la interpretación doctrinal - es la hecha por los jurisconsultos, que se manifiesta en dictámenes, tratados, etc. Cobra gran relieve, pues orienta la usual y determina en ocasiones el - cambio de sentido de la Ley.

- En atención a los efectos que produce. En este sentido, la interpretación puede ser declarativa, restrictiva y extensiva. Es declarativa cuando tiende simplemente a determinar el significado de las palabras de la Ley, de acuerdo con el sentido de la misma (*scripsi quam voluit*). Es extensiva cuando tiende a aplicar la Ley a casos no contenidos en la fórmula legal, por entender que el pensamiento del legislador los abarca (*minus scripsi quam voluit*). Es restrictiva cuando una Ley no se aplica a casos contenidos en la fórmula de la misma, por entender que así era el pensamiento del legislador (*plus scripsi quam voluit*).

Para que una controversia pueda resolverse de conformidad con el Derecho, se exigen tres requisitos:

- Descubrir cuál es la norma del orden jurídico

aplicable, o, en el caso de que ninguna de ellas lo sea, formular la que habrá de serlo en el caso concreto (y que podrá o no perjudicar en regulación de casos futuros) sobre la base de los elementos aportados por el ordenamiento jurídico.

- Interpretar la norma así descubierta o determinada, es decir, puntualizar su significado previsto al idearla y sus presuntos alcances.

- Aplicar la norma así señalada e interpretada al caso que se debate.

En el pasado, estos tres requisitos se confundieron, incluyéndolos en la mera interpretación. - Se daba por sentado que la función del Juez consistía en interpretar simplemente una norma de manera autoritaria y totalmente extrajudicial, mediante el proceso exacto de deducir lógicamente su contenido implícito y aplicarlo mecánicamente (91).

En definitiva, pues, la interpretación de una regla de Derecho supone, muchas veces, una alteración



del criterio que sirve para calificar y clasificar los hechos debatidos. El intérprete puede, por tanto, cambiar sustancialmente la norma sin alterarla formalmente, me diante sentar el criterio de cómo calificar unos hechos, de manera que, en lo sucesivo, en lugar de encajar en un precepto, vayan a quedar recogidos por otro (92).

El legislador, en realidad, deposita su poder - normativo en las manos del intérprete cuando éste ha de aplicar a determinadas situaciones ciertos standars como buena fe, conducta razonable, justa causa, cuidado debido, etc. (93).

"Llega un momento en que la interpretación sumerge el texto; la *lex* cae en el olvido, el *ius* hace autoridad" (94).

La misma demostración de que el "pensamiento - jurídico" se encuentra en la Ley sólo convence al que parte de la autoridad de una judicatura que hasta ahora no ha hecho sino interpretar la Ley. Esta práctica constante es lo que hace a los textos legales hábiles para la analogía: o sea, la legislación judicial (95).

"La interpretación es, pues, el resultado de su resultado", observa certeramente Radbruch. "El elemento volitivo, el hinch de la sentencia, es lo primario" (96).

"Interpretar la Ley no significa escudriñar y descubrir una voluntad que ha sido la fuente de - la palabra, sino una voluntad que constituya el contenido de la Ley" (97).

"La interpretación jurídica no es una reflexión sobre lo anteriormente pensado, sino un pensar hasta el fin algo pensado, es más : pensar hasta el fin algo que es pensado universalmente" (98).

Interpretación por analogía no consiste pura y simplemente en interpretación, pues la interpretación analógica presupone una valoración preliminar por parte del Tribunal acerca de si la Ley - ha de ser extendida (99).

El Derecho crece y evoluciona en manos de - los prácticos y al compás de las nuevas necesida-

des, gracias a que, en contra de lo que tantas veces se ha pretendido, la interpretación supone muchas veces una verdadera actividad creadora o de política jurídica y no de aplicación automática de las reglas establecidas (100).

Ante la imposibilidad del legislador de vincular los efectos jurídicos a hechos físicos, queda indefectiblemente a merced de la interpretación judicial (101).

En abierta oposición a cuanto ocurre en la realidad, se estima que el Juez no crea Derecho, sino que lo "aplica", y que la "interpretación" no hace más que determinar el sentido de una norma general para aplicarlo a un caso particular (102).

Así procedió Justiniano al prohibir toda crítica y comentario de su obra legislativa por completo (103).

Federico El Grande quiso impedir la interpretación judicial del Landrecht prusiano, y, al

efecto, en 1.780 promulgó un Decreto para que en caso de duda el Juez no dictara sentencia hasta haber oído a la Comisión legislativa (104).

El legislador francés en 1.790 prohibió a los jueces que interpretaran el Derecho y les ordenó que en caso de duda o de omisión de la Ley se dirigieran al poder legislativo (105).

d.- Elementos de la interpretación. Teorías al respecto. Reflejo jurisprudencial.- Dice la R.D.G. de 23-8-894 : "En todo problema de interpretación de la Ley hay que tener en cuenta los cuatro elementos de - que se compone: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático..."

Si bien es criterio actual de la doctrina incluir un nuevo elemento que denomina teleológico.

El proceso interpretativo consta, según Savigny, de los siguientes elementos : (106).

a) Elemento gramatical.- Consiste en el cono-

cimiento de las palabras de la Ley, no ya sólo en su significación aislada, sino también en su sentido total, dado el lugar que ocupen en la oración.

"No cabe invocar, enfrente del Derecho positivo, las reglas o preceptos de equidad, porque su expresión mejor y mas elevada es la Ley, cuyo cumplimiento debe tenerse siempre como lo más equitativo y justo". (S. 29-11-899).

"Según el principio de Derecho sancionado - por constante jurisprudencia, donde la Ley no distingue, no cabe hacer distinciones". (S. 12-7-905).

"Para el Juzgador no puede haber otro criterio que el aceptado por el legislador"(S.26-11-926).

b) Elemento lógico-sistemático.- Consiste en examinar las distintas partes de la Ley y explicar unas por otras, ya que aquélla constituye un todo - orgánico y, por ende, debe exigir un nexo lógico que las ligue entre sí.

"Para invocar con éxito las Sentencias del -

Tribunal Supremo es preciso que exista igualdad o analogía entre los casos resueltos y el litigioso, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora incide en el motivo de casación previsto en el nº 6 del Artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea dable - entrar en el fondo de la cuestión". (S. 20-1-930).

"Donde hay la misma razón, debe haber la misma disposición legal". (S.4-7-941).

c) Elemento histórico.- Consiste en traer a colación, para entender la Ley, los antecedentes de su formación o descubrir su preferencia. Ley no es el producto del capricho del legislador, sino el resultado - de una larga y lenta evolución.

"Del principio jurídico de que allí donde la - Ley no distingue no es lícito al juzgador distinguir, y de aquél otro según el cual la interpretación ha de ser restrictiva en todo lo odioso". (S. 31-5-897).

"Las Leyes prohibitivas y las que envuelven - una sanción penal no pueden en modo alguno interpre-

tarse extensivamente". (S. 4-2-902).

"Todo precepto excepcional debe interpretarse restrictivamente". (S. 23-2-926).

"El poder judicial no puede nunca atribuirse funciones legislativas, y siempre deberá respetarse la obra legislativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretarla". (S. 5-3-926).

d) Elemento sociológico-teleológico.- Consiste en desvincular la Ley de quien la dictó porque las circunstancias varían y ha de ajustarse a las necesidades del momento. Esto no significa que se autorice al intérprete a modificar la norma a su arbitrio, o a desaplicarla cuando no corresponda a las nuevas necesidades, sino templarla en su aplicación para que resulte más conforme al sentimiento general de la época y a la nueva orientación de la conciencia social.

"La Ley, como verbo perfecto que es del Derecho positivo, realiza el fin jurídico social mediante el desenvolvimiento en la vida real del principio

o principios en que se informa, adaptando armónica y ecuanímente el elemento general y ético, y, por tanto, invariable, de su imperativo, con el individual y variable del acto jurídico resultante de las complejas, mudables y progresivas necesidades de la convivencia o comercio social; y siendo como es la Ley naturalmente estacionaria, como precepto escrito, la Jurisprudencia es la que mediante genera les normas de interpretación que establece, inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad, y, sobre todo, en los principios informantes de la Ley, lleva a efecto esa evolución jurídica al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la ciencia".(S.10-7-928).

En este sentido, Ss.1-2-958,17-10-967,21-3-968, 12-2-970,26-2-970,23-10-970,30-6-971,9-10-971,30-11-972,21-12-972,22-1-973,21-3-973,28-5-974,10-7-974 y 24 y 28-11-975.

e.- Cometido de la interpretación.- En la moderna doctrina se tiende a investigar no lo que al legislador ha querido, sino lo que en la Ley aparece objetivamente querido como síntesis o reflejo del pensamiento colectivo de la sociedad. -



En esta dirección doctrinal, interpretar una ley será averiguar las consecuencias que de ella se derivan a tenor del texto de la misma, encajado en la totalidad del sistema legislativo y conforme a las orientaciones actuales del pensamiento social y jurídico.

Los objetivistas dicen que con el acto de la legislación la Ley se libera de su creador y se transforma en un ser objetivo. El creador ha desempeñado ya su papel y retrocede detrás de su obra. La obra es el texto legal, " la voluntad vuelta palabra" de la Ley, del " posible y real contenido conceptual de las palabras de la Ley". Este contenido conceptual y la voluntad inmanente a la Ley es lo único decisivo, pues es lo único que, con arreglo a la Constitución, aparece y queda legalizado, en tanto que las ideas y expectativas que rodean al creador de la Ley no reciben de ninguna manera obligatoriedad, sino que, por el contrario, al igual que los demás, el que intervino en el acto de legislación, ahora está también sometido a la Ley y tiene que ajustarse a las palabras y aceptar el valor y efectividad de la voluntad expresada en la Ley aun contra sí mismo (107).

Frente al objetivismo tan convincente, existen también argumentos de peso en contra que han sido esgrimidos principalmente por Heck. Este autor ha apuntado sobre todo contra cuatro argumentos centrales y reiterativos de la teoría objetiva, es decir, "el argumento de la voluntad" (no existe un legislador capaz de voluntad), "el argumento de la forma" (sólo la declaración de la voluntad bajo la forma de la Ley tiene poder legal), "el argumento de la confianza" (los destinatarios de la forma, los súbditos jurídicos, tienen que confiar en la palabra como tal), y "el argumento de complementación" (sólo una interpretación objetiva tiene en cuenta los intereses de complementación y de formación ulterior) (108).

f.- Métodos de interpretación.- A tenor de lo anteriormente dicho, los métodos de aplicación de las normas jurídicas serían los siguientes :

1.- Métodos tradicionales.- Para éstos, la Ley debe ser el origen único de las decisiones judiciales, y su interpretación debe hacerse procediendo

del texto o del espíritu que la ha inspirado. La Ley, pues, satisface todas las exigencias; en la hipótesis, poco probable, según sus teorizantes, de verdaderas lagunas, habrá de acudirse a la interpretación o a la analogía.

"Siendo indispensable a la vida y eficacia jurídica de la Ley ... el desenvolvimiento progresivo del principio o principios en que se informa, adaptando armónica y ecuanímente las características generales de su imperativo e individual del acto jurídico mediante la rigurosa observancia de las normas de interpretación establecidas por la jurisprudencia, es obvio que los Tribunales de Instancia no pueden invocar en contra de la doctrina sentada con reiteración por el Tribunal Supremo sus convicciones individuales sin incurrir en el motivo de casación catalogado con el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin olvidar que el Código Civil ordena en la tercera de sus disposiciones transitorias que se tenga presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo para las reformas periódicas de dicho cuerpo legal" (S. 14-1-927).

a') Método histórico-dogmático.- En este método, la interpretación se realiza a través de las siguientes operaciones :

- De deducción (método deductivo). En este método se analizan los textos legales, sus antecedentes y motivos que inspiran al legislador, partiendo de una verdad general a priori.

- De inducción (método inductivo). En este método se analizan también los textos de la Ley, y, una vez practicado este análisis, el intérprete procura hallar los principios fundamentales que sirvieron de base al legislador, sacando de los mismos nuevas aplicaciones.

Tanto el método tradicional como el histórico han sido defendidos y utilizados, de una parte, por la Escuela de la exégesis en Francia, y de otra, por la Escuela histórica en Alemania.

b') Escuela de la exégesis.- Expresa en Francia, desde los inicios del siglo XIX, el paso del ius

naturalismo racionalista al positivismo de base estrictamente legalista (109).

Las notas que caracterizan a la Escuela exegética pueden quizá resumirse, tomando como base la enumeración hecha por Bonnecase, en las siguientes :

- Respeto al texto de la Ley.
- Predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal del texto.
- Doctrina estatista consistente en la proclamación de la prioridad del legislador; afirmación del Derecho estatal como superior a las otras formas de manifestación del Derecho.
- Posible compatibilidad con el espíritu metafísico o con ideas de Derecho natural; desde esta perspectiva, la Escuela de la exégesis es sólo moderadamente positivista.
- Respeto a las autoridades y precedentes.

Algunas de estas notas constituyen conquistas históricas irreversibles; otras serán matizadas en -

función de las nuevas circunstancias a lo largo de los siglos XIX y XX (110).

La superioridad del legislador, como creador del Derecho, frente al Juez, aplicador del mismo, - viene entendida por la Escuela de la exégesis en el sentido de considerar que esa función del Juez (del jurista, más en general) se limita, de acuerdo con la llamada teoría de la subsunción, a una labor casi mecánica de aplicación-repetición de la norma a través de un procedimiento lógico de simple deducción (111).

¿ Hay que determinar y precisar el contenido objetivo de la Ley y de esta manera el último "fin - de la interpretación", mediante la "voluntad" anterior y única del legislador histórico, de tal manera que el dogmático del Derecho tenga que seguir las huellas del historiador del Derecho (y en verdad no por exigencia de la historia, sino de la cosa misma), o el contenido objetivo de la Ley se encuentra en ella misma y en sus "palabras" en tanto "voluntad de la Ley" como sentido objetivo independiente de la interpretación y voluntad "subjetiva" del legislador histórico,

pero que en este caso tiene también libertad de movimiento y capacidad de desarrollo como todo aquello - que participa del espíritu objetivo ? (112).

"Ya hemos hecho notar a menudo que el Juez que aplica las leyes al servicio de un Monarca absoluto - tiene que interpretarlas según los métodos subjetivos, pues debe "investigar la voluntad personal del señor soberano", ya que "su voluntad .... era precisamente Ley" (Reichel). Pero en un Estado constitucional o - democrático con división de poderes y pluralidad de - partidos, la situación puede ser otra (113).

¿ Podemos ignorar la voluntad del legislador - histórico allí donde aquélla existe claramente y sólo es equívoca en su forma de expresión en la Ley ? (114).

Un paso más y estamos en la llamada jurisprudencia *praeter legem*, de la que es ejemplo principal la analogía, y la jurisprudencia *contra legem*, que - en sentido estricto significa una "corrección de la Ley", en tanto que la auténtica interpretación constituye una guía para la jurisprudencia *secundum legem*,

de acuerdo con el principio de fidelidad a la Ley (115).

c') Escuela histórica alemana.- En Alemania la moderna ciencia y metodología jurídicas nacen con la Escuela histórica, así como en Francia habían surgido con la Escuela exegética (116).

Puede decirse que la teoría subjetiva dentro de la Escuela histórica es la sostenida más frecuentemente. Fueron y son subjetivistas :

- Savigny : interpretar quiere decir colocarse mentalmente en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente en sí mismo su actividad (*System*, P. 213).
- Windscheid : la interpretación es la comprobación del sentido que el legislador ha vinculado a sus palabras; el intérprete tiene que ponerse en lo posible dentro del alma del legislador (*Pandekten*, artículo 21).
- Regelsberger : la Ley es la expresión de la voluntad del legislador; lo contenido en la Ley es lo manifiestamente querido por el le-



gislador, la voluntad del legislador (Pandekten, P. 143).

- Ennecerus : lo decisivo es la voluntad del legislador que ha sido expresada en la Ley (Lehrbuch, tomo 1º, en las diferentes ediciones).
- Bierling .
- Heck : el método correcto de la interpretación de la Ley es una investigación histórica de los mandatos e intereses (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz).
- Beling : el jurista tiene que seguir las ideas valorativas que tenían los hombres empíricos concretos que han hecho la Ley; la voluntad del legislador en el sentido de la clásica teoría de la interpretación.
- Stannler.
- Pertraschek.

Pero en general desde hace decenios ha ganado terreno la llamada teoría objetiva de la interpretación, en un evidente paralelismo con el avance del principio constitucional y democrático (117).

La Escuela histórica se muestra en decidida lucha contra la codificación; aquélla es expresión del racionalismo, ésta es más bien de carácter romántico.

Para la Escuela histórica alemana, cuyo centro es Savigny, el Derecho es sobre todo expresión de un espíritu popular o nacional, "Volksgeist", que emana de la idea romántica de la colectividad considerada - como organismo, no tanto físico como ético espiritual (118).

La Escuela histórica, pues, se muestra en oposición a dos importantes manifestaciones del racionalismo en el campo del Derecho : el ius naturalismo - por un lado y la codificación por otro (119).

La teoría histórica cuenta con el mayor número de seguidores entre los maestros. Si el Derecho se - presenta en forma de Código, se supone que sus disposiciones son principalmente declaratorias del Derecho ya existente; se considera al Código continuación y - desarrollo del Derecho preexistente (120).

Se presupone que el procedimiento de aplicación es puramente lógico. ¿ Los hechos, caen o nó dentro de la norma legal ?. He aquí la única cuestión que el Juez tiene que resolver, y cuando por la investigación histórica ha dado con el verdadero sentido de la norma, sólo le queda adaptarla a las nociones de lo justo y lo injusto (121).

## 2.- Métodos modernos.-

a') Método histórico-evolutivo.- Según este método, la Ley es concebida no como la manifestación de la voluntad de su autor, sino como una entidad distinta, autónoma e independiente de la persona del legislador, siéndole conferida una capacidad de adaptación a todas las exigencias y condiciones nuevas de la vida, con tal de que resulte respetada la letra del precepto.

"Los actos jurídicos generadores de derechos y obligaciones tienen el nombre, la significación y el alcance que les dá la Ley, debidamente apreciados, no el que quieran darle las partes" (S. 15-12-920).

b') Jurisprudencia conceptualista.- Las derivaciones logicistas del romanticismo en la Escuela histórica habrían de ser recogidas, sobre todo, por la llamada Escuela de los pandectistas, completamente orientada hacia una metodología sistemático-dogmática, en la cual, tomando como base y punto de partida la norma positiva, lo que se pretende es la construcción de conceptos jurídicos de carácter formal. El Derecho es para la "Begriffsjurisprudenz", de modo fundamental, un "sistema conceptual" montado sobre el análisis de las normas positivas y sobre la creencia de la logicidad inmanente del ordenamiento jurídico positivo (122).

La interpretación no es más que la mera formulación de una sentencia; del resultado obtenido por el análisis del caso y la aplicación lógica de las premisas contenidas en las sentencias transcritas en los repertorios.

c') La Escuela del Derecho Libre.- Surge - también como una firme oposición al régimen tradicional, y, como su nombre indica, autoriza al Juez para -

buscar libremente la solución al caso controvertido, cuando no hay un disciplinamiento legal, sin otra -  
guía que la naturaleza real de las cosas y el Derecho justo. Según esta doctrina, el Juez, más que aplicar el Derecho, lo que hace es crearlo, pues, según sus -  
teorizantes (Merlin, Geny, Lambert, etc.), debe formar su decisión de Derecho en vista de las mismas ra-  
zones que hubiera tenido presente el legislador si se hubiese propuesto regular la cuestión. Va contra el dogma de separación de poderes, convirtiendo al Juez en legislador.

Para el Derecho Libre, el Juez tiene por misión emitir juicios de valor sobre las relaciones de la vi-  
da y aplicar la idea del Derecho en cada caso concreto, preocupándose más de la justicia del fallo que de su legalidad (123).

Queda, pues, establecido firmemente el principio fundamental de que la función judicial, lo mismo que la ejecutiva, se ejercita subordinadamente a la legis-  
lativa. Sin embargo, la llamada Escuela del Derecho

Libre está contra éste principio, pues trata de emancipar la autoridad judicial de la obligación de atenerse en todo caso a las Leyes, y establece, en cambio, el principio de que el fallo se funda sobre la conciencia del Juez, esto es, sobre la apreciación - equitativa que él pueda hacer de los intereses en conflicto (124).

El movimiento del Derecho Libre tiene diferentes puntos de partida. Puede partir de las lagunas que existen en todo Derecho legal o de las faltas de algunas leyes, y de esta manera hacer un llamamiento al Juez para que llene, en forma creadora, de una manera similar a la del legislador, las lagunas y corrija las proposiciones injustas. Pero su razón más profunda, que a veces es negada por el ataque de sus enemigos, fué conferir mando al "Juez real", aflojar la vinculación con respecto a la Ley y transformar el criterio libre en un amplio principio de toda la formación del Derecho (125).

La Escuela del Derecho Libre aparece, en cierto modo, como la antítesis de la teoría de la subsun-

ción, típica de la Escuela exegética francesa. En ésta el puesto central lo ocupa la norma dada por el legislador, reduciéndose con frecuencia el Juez a mero aplicador mecánico de la norma. En aquélla, por el contrario, el puesto central lo ocupa el Juez, - apareciendo la norma como un simple instrumento orientador de importancia siempre secundaria en el acto de juzgar.

Se ha dicho que la Escuela del Derecho Libre, se preocupa más por la justicia de la sentencia que por su legalidad.

La pretendida justicia de la sentencia puede transformarse fácilmente en arbitrariedad, incluso, en una nueva injusticia.

Los aspectos más positivos de estas direcciones finalistas, "realistas" y judicialistas estarían, sobre todo, en su insistencia en una necesaria apertura del Derecho a la realidad social, y en su primaria preocupación por una justicia material.

Las posiciones más radicales de ese realismo judicialista y del ataque a la Ley como fuente primaria del ordenamiento jurídico, se han consagrado en torno a este "movimiento por la libre jurisprudencia" que se inspira en los trabajos, principalmente, de Kantorowicz, Fuchs, O. Bülow y H. Isay (126).

Para los normativistas, son las normas pues tas por el legislador; para los "realistas", las nor mas aplicadas por el Juez.

Para la teoría realista es válida la norma - que con toda probabilidad vendrá aplicada por los - jueces.

El realismo jurídico identifica la validez - de cada norma particular con su eficacia (127).

La Escuela del Derecho Libre y el realismo - jurídico norteamericano, la Jurisprudencia de Intereses y la concepción psicológica del Derecho coinciden en afirmar la insuficiencia de la consideración



lógica formal para explicar este hecho. Estas críticas parecen llevar a la doctrina clásica al borde del ridículo cuando se contempla, por ejemplo, lo que en realidad hacen los jueces y jurisconsultos cuando dicen "aplicar" la Ley.

La Escuela del Derecho Libre, con todos sus excesos, ha significado una reacción contra aquella postura intelectual que quería derivar todo de la Ley, o sea, contra aquélla orientación que reducía al Juez a una labor de mal entendida obediencia ciega a la Ley. El Juez, según este criterio, tan propio del absolutismo del Estado y, luego, del absolutismo legal, tenía una sola misión esencial : subsumir el caso concreto al factum previsto en la regla general y abstracta que importa la Ley como mandato del legislador. Esa máquina de subsunción que implicaba el Juez respondía, así, a la idea de que era necesario no lesionar el fundamental principio del Derecho público sobre la separación de los poderes del Estado. La función legislativa era extraña al poder judicial y jamás el Juez podía producir Derecho en contra de la Ley, no obstante que és-

ta hubiera caído en desuso, formándose una costumbre contraria.

"Una sola sentencia, en cuanto a la doctrina jurídica que en ella se consigna, no tiene más valor que el de un antecedente que por la autoridad del Tribunal que la pronuncia debe ser tenido presente al resolver cuestiones semejantes o análogas a la discutida en el juicio en que se dictó, porque al referirse cada sentencia a un caso concreto, las declaraciones que en ella se hagan están afectadas por las circunstancias que concurren y modalidades que ofrezca el caso a resolver ..." (S. 11-12-953).

d') La Escuela de la Jurisprudencia de los Intereses.- Algunos tratadistas han formulado la tesis llamada "jurisprudencia de los intereses". Se basa en esta doctrina en que los jueces deben estudiar los intereses reales, dando preferencia al interés más importante. Es decir, se precisa tener en cuenta la jerarquía de los intereses y dar la razón a las partes en contienda según el interés mayor aceptado. "Donde la finalidad de la Ley o un apremiante interés del comer

cio o de la vida jurídica lo exijan, dice Jerónimo González, el Juez perfeccionará el texto legal mediante normas jurídicas que lo restrinjan, extiendan, corrijan o complementen".

"El fundamento de los contratos se encuentra en la limitación de la naturaleza humana y en la necesidad del auxilio de los demás para realizar los fines de la vida. Por ello, a mayores necesidades humanas, se crean nuevos contratos para satisfacerlas, y dentro de los mismos se admiten ramificaciones de éstos para hacerlos más flexibles en beneficio de los intereses sociales y del orden económico. Los Códigos modernos, la jurisprudencia de los Tribunales extranjeros y las nuevas orientaciones del Tribunal Supremo, cuando existe el silencio de las leyes, responden unánimemente al anterior fin, no sólo en la definición de los nuevos contratos, sino en la evolución de los más antiguos, y entre éstos no hay ninguno tan discutido y tan modificado como el contrato de arrendamiento" (S. 2-6-927).

e') Método finalista.- El finalismo en la -

aplicación del Derecho puede entenderse de dos maneras :

- Estimando que hay que acudir al fin social a que responde una institución. Como ello daría ciertamente lugar a introducir opiniones arbitrarias es, pues, preciso, dentro de ella, señalar un criterio que sirva para distinguir las opiniones verdaderas de las falsas.

- El finalismo puede más propiamente referirse al fin del Derecho, que encuentra acogida y sentir unánime en los teólogos y juristas católicos cuando decían que la Ley tiene por objeto el "bien común" y al proclamar la nulidad absoluta de la Ley cuando se hacía nociva al bien de la comunidad.

En toda interpretación, como Heck nos ha enseñado, se hace necesario remontar a la finalidad general ("natural") de una institución, más allá de su estructura dogmática, pues solo desde allí, en conjunción con la atención prestada a la adecuación pruden-

cial, resulta posible resolver los problemas concretos (128).

"La misión confiada al Tribunal Supremo es precisamente la de interpretar los preceptos legislativos teniendo en cuenta los fines de la institución" (S. - 2-7-926).

"Si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de un texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico" (S. 28-3-950).

Como conclusiones a lo expuesto sobre la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia finalista, podemos decir lo siguiente :

Que, según señala Legaz y Lacambra, el autor - que ha abierto la nueva guía antiformalista es Rodolfo von Ihering. El Derecho, se dice con razón en esta dirección, es algo que existe para garantizar y pro

teger los intereses de la vida, para realizar determinados fines y valores : el fin será, así, el elemento central de Derecho; la interpretación y la aplicación del Derecho deberá hacerse teniendo siempre muy en cuenta los intereses y los fines que una normatividad se propone realizar (129).

Heck, como caracterizado representante de la - Jurisprudencia de Intereses, manifestación de la teleológica, se esfuerza en relegar a Ihering por entero - al conceptualismo jurídico (130).

Dirá también el profesor Hernández-Gil que - "la Jurisprudencia de Intereses es una crítica de la jurisprudencia de conceptos y, además, un método nuevo. Su punto de partida fundamental se cifra en enfilar los problemas del Derecho hacia la vida y sustraer los al primado de la lógica, donde permanecieron sumidos largo tiempo" ( 131).

f') Realismo y judicialismo en el pensamiento jurídico anglosajón.- Las actitudes del realismo y - del sociologismo que son características de gran par-

te de la filosofía y la ciencia jurídica anglosajona, especialmente norteamericana, son actitudes vinculadas, como es sabido, a una concepción judicial del Derecho (132).

Se ha desarrollado en Norteamérica, con el nombre de "legal realism" (realismo jurídico o de la realidad del Derecho), que tiene para nosotros gran interés, pues se trata de examinar y de exponer en qué consiste y cómo puede mejorarse este fenómeno capital de la vida del Derecho que estriba en convertir la generalidad de la norma en el caso concreto de la sentencia (133).

Julius Stone describe en qué consiste el "legal realism": éste, en definitiva, es una actitud intelectual que admite la existencia de un impulso ético en la conducta de los hombres, pero lo observa desde el punto de vista del hecho de que efectivamente influyera en determinado sentido y bajo circunstancias concretas (134).

La Escuela realista ha escrito tratados enteros

sobre este acto primario de la facultad enjuiciadora que ella llama "corazonada" ("hinch") del Juez. (135).

El sociologismo jurídico de François Gény.-

En la línea general del finalismo, Gény critica duramente lo que él mismo califica de "fetichismo de la Ley"; frente a ello, resume Legaz y Lacambra, "es preciso (para el Decano de Nancy) que una «libre investigación científica», por la que se hagan valer los datos irreductibles del Derecho natural, ayude al Juez a colmar las lagunas que todo Derecho positivo deja necesariamente vacías". (136).

Todo lo dicho queda recogido en lo siguiente :

a) Concepciones que hacen depender el Derecho esencialmente de las normas jurídicas, vinculándose a lo estrictamente en ellas contenido (positivismo legalista) o lo que de ellas puede deducirse mediante una serie de procedimientos de integración lógica (positivismo formalista), o mediante las tendencias de política legislativa, inspiradas en las exigencias



sociales, o en los principios constitucionales, o en las directrices ideológicas (neopositivismo).

b) Concepciones que se desentienden, más o menos, de su vinculación a la norma y que pretenden - construir el Derecho, bien haciéndolo depender de - los hechos sociales, de los que aquélla debe ser una fiel traducción (positivismo sociológico) o explicando e integrando las normas jurídicas y tratando de - superarlas y corregirlas mediante la valoración predominante de presupuestos fácticos (existencialismo juridico, sociología, estructuralismo), o bien de convicciones personales del que aplica e interpreta el Derecho (Escuela del Derecho Libre), o de condiciones sociales estereotipadas en la práctica judicial ("common law", Derecho judicial).

c) Concepciones que, partiendo del respeto y acatamiento de las normas jurídicas, entienden que - el ordenamiento no se agota con el Derecho en ellas formulado, sino que se integra con los principios -

que, hallándose implícitamente contenidos en el mismo, se hacen especialmente presentes en la aplicación y en la interpretación del Derecho (concepción principal - del Derecho), bien porque tales principios se considere que pertenecen a un orden supralegal (teoría tradicional del Derecho natural), de naturaleza ideal (axiología jurídica) o porque constituyan la base o presupuesto de la propia aplicación del Derecho que, por hallarse supeditado a la justicia, configuran la propia "naturaleza de las cosas" (campo marginal ontológico). (137).

Sobre lo dicho veáse también Betti. (138).

El sentido y alcance de la interpretación ha sido tratado recientemente en las Ss. 12-2-970, 26-2-970, 23-10-970, 30-6-971, 9-10-971, 30-11-972, 21-12-972, - 22-1-973, 21-3-973, 28-5-974, 10-7-974 y 24 y 28-11-975.

FUENTES MATERIALES COMO ELEMENTOS  
INTEGRADORES DE LA LEY

"Los principios generales del Derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores; pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del Derecho, pueden tener un significado informador de la Ley o de la costumbre". (139).

### CAPITULO III.

#### APLICACION DE LAS FUENTES MATERIALES COMO ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA LEY

##### 1.- Principios generales del Derecho.-

A.- Introducción.- " Los principios generales del Derecho, aun consagrados por la jurisprudencia, - deben ser citados como supletorios en defecto de Ley o de costumbre, aplicables a los problemas debatidos" (S. 10-11-958). En el mismo sentido se manifiestan - las sentencias de 12-7-929, 18-3-931, 7-2-935, 5-10-942 y 8-5-947, entre otras.

Los principios generales del Derecho son tomados, pues, como fuente subsidiaria de segundo grado. Son principios generales del Derecho, estimada esta expresión en su sentido amplio, aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimien-

to de una determinada legislación, conforme a un orden determinado de cultura, condensados generalmente en reglas o aforismos transmitidos tradicionalmente, y que tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo.

El Profesor Albaladejo afirma que "los principios generales del Derecho son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho positivo contenido en Leyes y costumbres, y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal y como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico". - (140).

Para el Profesor De Castro, los principios generales del Derecho son "las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación". Los divide en "de Derecho natural, los tradicionales y los políticos". (141).

Para Federico Puig Peña, los principios generales del Derecho son "aquellas verdades o criterios -

fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un orden determinado de cultura...", según lo dicho al principio de este capítulo. (142).

Por su parte, Díez Picazo dice que es necesario subrayar que los principios generales del Derecho son auténticas y genuinas normas jurídicas que reúnen dos características : a) tienen un carácter básico o fundamental en la organización del grupo humano; b) revelan de un modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de un grupo social. (143).

Respecto del concepto de los principios generales del Derecho pueden distinguirse dos direcciones opuestas : una, filosófica o iusnaturalista, y otra, positivista o histórica, y numerosas doctrinas eclécticas que continúan ambas con diversas variantes. La primera dice que el legislador, al emplear la expresión "principios de Derecho", se refiere, sin duda, a aquellos principios de justicia superiores a la concon

tingencia y variabilidad de los hechos; a aquellas normas superiores que sirven de fundamento al Derecho positivo; a aquellas reglas aceptadas por los jurisconsultos que constituyen verdaderos axiomas para todo aquel que interviene más o menos en la vida jurídica y que forman sin duda un Derecho superior al legislado. (144).

Para la teoría del Derecho natural individualista, los principios generales del Derecho son el Derecho natural según las concepciones individualistas de un Derecho extrapositivo derivado de la propia razón subjetiva. Para la teoría del Derecho positivo, los principios generales del Derecho serían los principios generales del Derecho positivo de un determinado país.(145).

Debemos establecer tres grupos de principios :

- Principios generales del Derecho incorporados al ordenamiento jurídico por una decisión general legislativa de ultravalidez de leyes anteriores definidoras de los mismos.

- Los principios generales del Derecho recogidos



y formulados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su misión especial de verificar la fijación de los mismos.

- Principios generales del Derecho no incorporados todavía al ordenamiento jurídico (146).

B.- Principios legalizados.- "...no pueden llamarse propiamente bienes las cosas que tienen más inconvenientes que ventajas" (En Javoleno, 1, 83, D. de verburum significatione, 50, 16).

"Lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro" (Regla 13 de la misma Partida; I, II, D. de reg. iuris, 50, 17).

"Quien da la razón porque venga daño a otro, el mismo se entiende que lo faze" (Partida VII, regla 21).

"Las Leyes no se establecen para aquellas cosas que pueden acontecer ocasionalmente en alguno u otro caso" ( Celso, I, IV, D. de legibus, I, III).

•

C.- Principios formulados por la Jurisprudencia del T.S..- Podemos incluir aquí los siguientes :

- De cualquier manera que un hombre quiera obligarse debe quedar obligado. Procede en línea inmediata de lo determinado en el art. 16 del Ordenamiento - de Alcalá.

- La buena fe se presume siempre si no se prueba la existencia de la mala (S. 5-6-894).

- La que es causa de la causa es causa de lo causado (S. 4-6-905).

- La afinidad no engendra afinidad (S.24-6-944).

- La inclusión de uno supone la exclusión de - otro (S. de la Sala de lo social de 3-4-934).

- Al que le es lícito lo más no debe serle ilícito lo que es menos (S. 10-3-905).

- La obligación no se presume (S.24-11-876).

- Nadie puede ir contra sus propios actos(S.1-6-933 y Ss.Sala Segunda T.S.de 12-3-970 y 15-4-970).

- Da mihi factum, dabo tibo ius (Ss. Sala Segunda T.S. 20-1-970, 13-10-970, 4-2-972 y 27-3-972).

- In dubio pro reo (Ss. Sala Segunda T.S. 10-4-970, 30-6-970 y 23-2-972).

- Iura novit curia (Ss. Sala Segunda T.S. 20-1-970, 10-4-970, 4-2-972 y 27-3-972).

- Etc., etc.

Recientemente sobre principios, Ss. 24-1-970, 21-3-970, 30-10-971, 2-7-973, 25-6-974, 18-1-975 y 30-9-975.

D.- Principios no incorporados al ordenamiento jurídico.- Podemos citar entre otros los siguientes :

- La antigüedad en materia de prueba hace presumir que el acto fue realizado con arreglo a las formalidades legales.

- El que obra con intención de corregir o enmendar, no responde de injuria.

- Se estima que en la duda hay que admitir la apelación.

- Lo que al principio fue liberalidad, el -

uso y el tiempo lo hacen obligatorio.

Lo que aquí nos interesa con respecto a los principios generales del Derecho es cómo aparecen en nuestra Jurisprudencia reflejados y qué uso de ellos hace el Juez. ¿Son verdaderamente principios generales de uso real o inamovible como fuente del Derecho, o son simplemente excusas que el Juez utiliza para en realidad dar carta de garantía a su propio arbitrio? Veremos lo que dicen al respecto autores de la importancia de Josef Esser, Valentín Silva Melero, Karl Engisch, José Puig Brutau, etc., primero, y, después, su reflejo en la jurisprudencia.

Tenemos, pues, que asentir a Boulanger, el mejor conocedor de la materia, cuando dice : "la theorie des principes juridiques n'a pas encore été entreprise". A Boulanger corresponde el mérito de haber escrito el primer estudio analítico, no sobre la formación y función de los principios en el proceso judicial, pero sí sobre los tipos y categorías de principios jurídicos que echan el cerrojo a los eternos juicios unitarios sobre su "naturaleza" y -

nos fortifica en la opinión de que sólo una encuesta precisa sobre la labor judicial y científica, o sea, "jurisprudencial", en distintos sistemas jurídicos puede arrojar luz sobre el papel real de los principios de Derecho (147).

Si importante es la " investigación empírica del proceso judicial" para el estudio de los principios efectivos del Derecho, es también y en la misma medida incapaz de fundamentar dichos principios. Ahora bien, la excusa del "realismo jurídico" es que por lo menos "explica" el proceso, es decir, hace de perspectiva sociológica de una perspectiva psicológica.(148).

Son Derecho positivo, aunque no normas (rules) precisas e independientes del Derecho, los llamados pensamientos jurídicos generales, las "rationes legis", los principios valorativos y constructivos de un sistema, pero también los principios éticos y de justicia que privan en un ámbito jurídico al margen de su sistema escolástico : todos, siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del ordenamiento (149).

Asimismo, la resolución llamada ideología no es tampoco el único cauce para la formación de principios. Incluso verdades jurídicas fundamentales, - que en la cultura gozan del rango de axiomas, como la regla "nulla poena sine lege", o la prohibición de la analógica en el Derecho Penal, o la prohibición de sanciones retroactivas, dependen, como hoy sabemos, de algo más que de la mera actitud ética (150).

La investigación jurídica no es nunca un mero trabajo de subsunción, por lo que, aun cuando consiste en aplicar la Ley dentro de los límites del texto, necesita de principios positivos superiores que faciliten los criterios para entender los textos a la luz de los fines o según el sistema (151).

Los principios son el punto de partida del razonamiento jurídico, no como simples instrumentos de pensamiento heurístico, sino como expresión primaria de una decisión valorativa de carácter positivo, que es la que confiere su legitimación a la regla que debe ser aplicada (152).

Nuestras ideas morales actuales llevan a la conclusión de que las nociones del Derecho y la justicia de los filósofos griegos y de los juristas romanos permanecen exactas. Son los hombres y no las cosas lo que el Derecho rige, y han de tenerse en cuenta sentimientos que son eternos (153).

En ningún caso creemos que la filosofía no deba interesar a los juristas, pero sí, en cambio, estamos convencidos de que hay una división de competencia entre los métodos jurídicos y filosóficos que precisamente hay que observar cuando se comienzan a analizar las formas de pensamiento que deben conducir al conocimiento de la esencia, la estructura y la validez de la idea de Derecho (154).

La acuñación de principios en el Continente no es un acto legislativo único de los Tribunales Supremos, sino un proceso continuo en el que los precedentes de significación más o menos amplia se desarrollan paulatinamente hasta madurar en principios, hasta llegar al reconocimiento de un principio jurídico material que sale a la luz con la jurisprudencia cons

tante y que sigue estando sujeto a ulteriores moldeamientos. (155).

Con arreglo a una consideración realista, só lo podemos preguntar : ¿ a partir de qué momento poseen los principios jurídicos el carácter de Derecho positivo ? . Y la contestación sería la si - guiente : desde y en la medida en que han sido - encarnados en una institución por un acto constitu tivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica. (156).

Podrán aparecer con posibilidad de ser fuente normativa los que reúnan las condiciones siguien tes :

1.- Que sea un verdadero principio general del Derecho y no de una simple norma de moral o - abstracción iusnaturalista, ni mucho menos de una mera regla de Derecho.



2.- Que se halle vigente.

3.- Que no se haya prohibido su aplicación.

4.- Que no haya Ley o costumbre aplicable al caso controvertido.

5.- Que figuren en una Ley o S. del T.S. (Ss. 10-12-894, 4-2-902, 12-1-927 y 14-11-925). Han de hallarse sancionados por dos o más sentencias del T. S. que han de citarse (S. 24-12-960). (157).

Es cada vez más frecuente en el pensamiento jurídico continental una fundamentación directa de las sentencias a partir de "principios jurídicos generales", incompatible con la idea de "codex", sea por causa de la insuficiencia de las Leyes, sea como punto de partida de valoraciones y concepciones totalmente nuevas. (158).

La idea de unos principios o pensamientos jurídicos que actúan "independientemente", ya sean generales o particulares de una Ley, parece necesitada de aclaración como la fe en la eficacia automática -

de unas ficciones legales autónomas (159).

Inquietantes resultan los numerosos casos en que no se formulan ni se citan en absoluto los principios que se utilizan, adscribiéndolos expeditivamente a nuestra "conciencia jurídica", lo único en que se escuda el Juez (160).

Sería necesario emprender una investigación sobre lo que de verdad hay que pensar de la existencia, el modo de obrar y la efectividad positiva de los principios generales, y en virtud de qué y por medio de quién se define y determina esa realidad (161).

Lo que aquí se pretende es hacer luz sobre nuestras concepciones relativas a la integración de todo ordenamiento jurídico privado, efectuada por la teoría y la práctica, con ayuda de "primeros principios no escritos" (162).

Como conclusión del presente apartado, podríamos decir que "el principio general es el capitán y las reglas estrictas son los soldados" (163).

Sobre el carácter jurisprudencial de los principios generales, ver Ss. 24-1-970, 21-3-970, 30-10-971, 2-7-973, 25-6-974, 18-1-975 y 30-9-975.

- 134 -

L A     A N A L O G I A

"Más allá de la actividad propiamente interpretativa, en la zona de la investigación integrada, figuran la analogía y el Derecho supletorio. - La formulación de un sistema de **f**uentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre - otro tanto con las lagunas de la Ley, que puedan - darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de - salvarlas la investigación analógica. Esta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no - previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón de - rivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por conside - raciones de identidad o de similitud, al supuesto - no previsto. No obstante las ventajas de la analogía, resulta justificada su exclusión de determinadas leyes. En las penales es la normal consecuencia del estricto principio de la legalidad que ha de pri - mar exento de incertidumbres o fisuras (164).

2.- Otros elementos integradores de la Ley.-

A.- La analogía.-

a.- Introducción y concepto.- Analogía es la extensión (aplicación extensiva) de los principios extraídos de la Ley a casos cuya divergencia respecto a los decididos por la Ley no es esencial (jurídicamente análogos o iguales en esencia) (165).

El profesor Albaladejo dice que el procedimiento analógico consiste en la resolución de un caso no regulado en la Ley, o costumbre, mediante aplicación de un principio general obtenido de la regulación establecida en aquélla para otro supuesto o supuestos(166).

La analogía debe ser distinguida de la interpretación extensiva del Derecho, pues ésta sólo presenta el contenido de la Ley frente a una expresión demasiado estrecha del mismo, mientras que la analogía impulsa ese pensamiento en una determinada dirección que trasciende al contenido actual de la Ley.

En la práctica será difícil muchas veces distinguir entre analogía e interpretación extensiva, y ésta - cuestión tiene su importancia, porque, por ejemplo, en Derecho Penal no se admite generalmente la analogía, pero no siempre se excluye la interpretación - extensiva (167).

La formación analógica sigue siendo siempre una decisión del Juez, es decir, un acto valorativo y volitivo; como ha dicho Zittelmann, no es fuente de conocimiento, sino argumento y justificación de un acto creador de Derecho y ajeno a la Ley (168).

Para Savigny, analogía es "el resultado del procedimiento para resolver las contradicciones y - devolver la unidad al Derecho" (169).

Castán la concibe como "instrumento técnico que sirve para llenar las lagunas de la Ley" (170).

Legaz y Lacambra afirma que analogía es "la extensión de los principios de la Ley cuya divergencia respecto a los decididos en la Ley no es -

esencial". (171).

José Enrique Greño afirma que la analogía es una "institución formal integradora del Derecho que verifica la exclusión de una norma por razón de semejanza". (172).

La analogía, más que una fuente autónoma del Derecho, es una mera manifestación de los princi - pios generales del Derecho. (173).

Analogía es la extensión ("aplicación extensiva") de los principios extraídos de la Ley a casos cuya divergencia respecto a los decididos en la Ley no es esencial (jurídicamente análogos o iguales - en esencia). (174).

San Isidoro, en "Etimologiae", la define así: "analogía graece, latine similium comparatio sive proportio nominatum, cuius haec vis est, ut quod du

bium est, ad aliquod simile, quod non est dubium, referatur, ut incertacertis probentur". Es la aplicación de un principio jurídico que la Ley establece - para un cierto hecho a otro hecho no regulado pero - semejante al primero. No es creación voluntaria del Derecho, sino elaboración vinculada a la Ley. (175).

Con un alcance general cabe insertar la analogía dentro de los principios generales del Derecho.

Es, en definitiva, la analogía aquel procedimiento de aplicación del Derecho por virtud del cual actualizamos la norma establecida en un Derecho positivo para un caso previsto en el mismo a otro que no se - haya previsto, en virtud de la "igualdad esencial" - que existe entre ambos.(176).

Por todo lo dicho, creemos que la analogía es por categoría propia un procedimiento normal de integración que se adscribe por su naturaleza dentro de la categoría general de fuente del Derecho positivo.



b.- Alcance y significación.- Mientras se trata simplemente de oscuridad de la Ley no hay problema; la interpretación cumple su cometido. El problema surge cuando aparece la insuficiencia porque el Juez tiene necesariamente que fallar, y si no lo hace, incurre en responsabilidad (Art. 1, núm. 7 C.c.).

Para que se dé la laguna, se requiere :

1.- Que se trate (art. 1, n<sup>º</sup> 4) de un caso no previsto en la Ley ni en la costumbre.

2.- Que entre el caso no previsto y el o los - previstos exista identidad sustancial a los efectos - de la regla (principio) que se ha de aplicar.

El procedimiento analógico es diferente de la interpretación extensiva, ya que ésta supone un caso no comprendido en la letra de la disposición de que se trate, pero sí en su espíritu. (177).

Puede existir el silencio de la Ley respecto de un punto determinado y, sin embargo, existir una disciplina jurídica para un "caso semejante" al pre-

visto, es decir, que tenga con él elementos comunes. En este caso entra en juego la analogía.

El supuesto, pues, para la aplicación de la analogía es que la disposición se aplique a casos no previstos pero semejantes a los previstos. Se basa en un procedimiento de abstracción, en virtud del cual, de las normas expresas y particulares, se llega al principio que las gobierna, para hallar en éste una regla más amplia que abarca el caso previsto y el no previsto.

Ahora bien; en este proceso de abstracción, - el intérprete puede operar en primer grado, según que la regla idónea para el caso no previsto se halle en la misma materia a que pertenece el caso previsto - (analogía legis), o, en otros grados mayores, cuando la disciplina para el caso previsto no está en la misma materia (analogía iuris).

Además de la analogía empleada por el juzgador, existe otra que pudiéramos llamar legal, invocada por el propio legislador; por ejemplo, en los

artículos 182, 528, 1.541, entre otros, del Código Civil.

Para Clemente de Diego (178) hacen necesaria la analogía dos requisitos :

- Que el legislador no pueda prever todos los casos posibles por perfecta que sea su obra.

- Que ningún caso, por nuevo o imprevisto que sea, pueda quedarse sin solución jurídica.

La doctrina a partir de Zittelman ha discutido profusamente en torno a las lagunas del Derecho (Lücken in Rechts), a su existencia y a su procedimiento de integración; entre otros, Savigny, Stammer, Erlich, Bergbohm, Ferrara, Bonetti, Geny, Rohler, De Diego, De Buen, Castán, Brunete, Stolfi, etc. - La analogía viene por esta nueva vía a dotar al jurista del instrumento necesario para recoger dentro del Derecho los supuestos nuevos que origina la vida social. (179).

La analogía no deduce tan sólo (interpretación

"strictu sensu"), ni modifica la palabra ni el sentido del legislador ("interpretación correctora"), sino que amplía el ámbito legal para casos ofrecidos por la realidad que mantienen con los supuestos base del legislador relaciones lógicas, pero no están comprendidos dentro de su ámbito normal de aplicación. La analogía es, pues, un remedio extraordinario que sólo puede aplicarse con cautela.

c.- Funciones de la analogía.- Podemos resumirlas en las siguientes :

- Completamiento del orden jurídico.
- Descubrimiento de la plena forma del Derecho.
- Integración del Derecho.
- Método de construcción jurídica.

La doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la analogía puede sintetizarse diciendo que han de concurrir los requisitos siguientes :

1º Existencia de una laguna legal con respecto al caso contemplado, pues la analogía sólo opera

cuando no existe precepto exactamente aplicable.

2º Igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por el legislador, dado que es necesario que existan en la Ley principios que sirvan para regular el caso objeto de controversia.

3º Que el legislador no prohíba la aplicación de la analogía, como se previene, por ejemplo, en las Leyes penales. (180).

Entre las reglas de práctica jurídica sobre admisibilidad del método analógico consagradas por la experiencia y por la doctrina de los Tribunales, existen algunas generalmente aceptadas, entre las que pueden señalarse las siguientes :

1.- Las Leyes prohibitivas y las Leyes sancionadoras no admiten, por lo general, la analogía y deben ser interpretadas de una manera restrictiva (*odiosa sunt restringenda*; *in dubio pro reo*; *in*

dubio pro libertate").

2.- Deben considerarse como odiosas las normas limitativas de la capacidad de la persona y las limitativas de los derechos subjetivos individuales, que, por consiguiente, han de ser entendidas de manera restrictiva y no ampliadas por analogía.

3.- Tampoco deben ser analógicamente extendidas las normas del llamado "ius singulare" o Derecho excepcional, y ello por su mismo carácter, pues si el Derecho excepcional es aquel que está establecido contra "tenorem rationis", no será posible apreciar fuera de su estricto marco la "identidad de razón" del que habla el artículo 4, número 1. (181).

La analogía lógica es la verdad de una igualdad; la analogía jurídica es la justicia de la igualdad. La analogía jurídica establece que es justo - tratar igualmente dos casos iguales. (182).

d.- La analogía en el Derecho español.- Tra-  
tan explícitamente sobre el tema las siguientes dis-  
posiciones de nuestros textos legales :

Artículo 4, número 1, del Código Civil. Dispo-  
sición transitoria número 13 del Código Civil.

Artículos 182, 53, 528 y 1541 del Código Civil.  
Y el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En el Derecho Penal, los tratadistas oponen la  
analogía al principio de legalidad "nulla poena sine  
lege", considerada como fundamento del Derecho penal.

Cuello Calón dice que la analogía conduce al -  
abandono del principio de legalidad contenido en la  
"máxima nullum crimen nulla poena sine lege". Pero si  
la analogía como fuente creadora de delitos y penas,  
ad malam partem, debe ser rechazada, la doctrina -  
científica es favorable a su admisión en el campo de  
las circunstancias eximentes, en el de las atenuantes  
y en el de las que extinguen el delito o la pena. Se

admite, pues, la analogía "ad bonam partem". (183).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inspirado de modo constante, incluso en sentencias muy recientes, en el sentido de considerar la Ley Penal como materia odiosa, y de estar en caso de - duda a lo más favorable al reo. La doctrina sentada por el Alto Tribunal es ésta :

a'.- Las Leyes Penales deben ser interpretadas con criterio restrictivo y conforme a su sentido gramatical (Ss. 12-11-887, 20-4-911, 29-9-942 y 28-12-942).

b'.- No es admisible la interpretaci6n ex - tensiva (Ss. 28-2-899, 23-6-928, 22-6-934, 26-1-945 y 4-6-945). Como la jurisprudencia declara que no es permisible esta interpretaci6n cuando perjudique al reo (Ss. 23-6-928 y 4-6-945), parece lógico afirmar que será permitida cuando le favorezca.



c!.- En caso de duda ha de interpretarse la Ley del modo mas favorable al reo (Ss. 18-1-947, 12-5-948, 10-6-948 y 5-4-946).

Nuestra Jurisprudencia ha rechazado siempre la interpretacion analógica (Ss. 22-6-934 y 4-6-945) sin distinguirla claramente de la extensiva.

En nuestroCodigo Penal reconocen igualmente el concepto y aplicación de la analogía los siguientes preceptos :

Artículo 9, números 3 y 10; artículo 10; artículo 79; artículo 529, número 1; y artículo 534.

La prohibición de la analogía o del efecto - retroactivo en el Derecho Penal no es un principio de interés meramente político, sino una cuestión - de la constitución racional del Derecho (184).

e.- Conclusiones.- Como síntesis de todo lo expuesto podemos concluir en lo siguiente :

Primero.- Que la analogía es una institución formal con carácter de fuente integradora del Derecho.

Segundo.- Como método de construcción, su empleo estará limitado a las razones de similitud y los motivos de Ley.

Tercero.- En cuanto a su valor como procedimiento integrador, como instrumento técnico del juzgador, una razón de seguridad jurídica hace que sea muy prudente su empleo, limitado a los casos indiferentes a la regla jurídica.

Cuarto.- En todo caso, la analogía se entiende subordinada a los principios generales del Derecho.

La sentencia de 28-9-957 ha visto que la analogía no es sino un procedimiento de aplicar los principios generales al decir que "la aplicación de la Ley por analogía sólo es viable para llenar una laguna de la misma Ley, aplicando extensivamente los principios de ésta a un caso no previsto por ella".

La analogía ha sido tratada recientemente en las Ss. de la Sala Segunda del T.S. de 14-1-971. - 24 y 30-4-971, 4-5-972, 5-4-973, 5-5-973 y 7-7-973.

- 151 -

L A      E Q U I D A D

"A modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos, ha de considerarse el valor reconocido a la equidad. Esta no aparece invocada como fuente de Derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con las otras".

"Queda exceptuada la hipótesis de que la Ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad" (185).

El artículo 3º, número 2, de nuestro Código Civil vigente dice que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita".

B.- La equidad.-

a.- Introducción y concepto.- Del latín "aequitas", "aequus", liso, llano, igual, se define en el diccionario de la Academia Española de la Lengua como "bondadosa templanza habitual; propensión a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia más que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la Ley".

Los autores clásicos hablan de dos acepciones de la equidad : como de "lo justo natural" y como enmienda de "lo justo legal".

En el diccionario de Escriche se recoge idéntica duplicidad, pues "ora significa la moderación del rigor de las Leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del Juez que, a falta de la Ley escrita o consuetudinaria, consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea, de la Ley natural". (186).

Decía Ciceron que el "ius civile" era "aequitas constituta iis qui eiusdem civitates sunt", y, obedeciendo a este mismo punto de vista, definía - Celso el Derecho como "ars boni et aequi". Resulta de lo dicho que en las etapas antigua y clásica la palabra que traduce nuestra actual idea de lo justo y de la justicia objetiva es la aequitas y no la - iustitia. Es, pues, la aequitas un criterio de valoración del Derecho positivo para tratar de definir su correspondencia o falta de correspondencia con - el sentimiento jurídico que, en un momento dado, - predomina en la vida social. El Derecho pretorio, pues, está basado en la aequitas, ya que gracias a él fué transformándose el rígido y fosilizado ius - civile al compás de los cambios que había ido experimentando la conciencia social.(187),

Frente a este concepto clásico de la aequitas como elemento integrador del Derecho, en el período bizantino la aequitas ofrece un significado - totalmente distinto : para Justiniano es sobre todo un criterio de templanza y de benignidad en la - aplicación del Derecho positivo vigente, coincidiendo

do con la equidad cristiana y recibiendo por ello las designaciones de humanitas, benignitas, benevolentia, pietas, charitas. Aparece de este modo la aequitas como concepto opuesto al ius, al Derecho frío, seco, rígido, que no contempla las circunstancias todas del caso concreto, y que por eso mismo se le designa como ius strictum. La equidad es para los justinianeos el instrumento con el que se templa la asperitas, austeritas, duritia y severitas del ius strictum (188).

Para el profesor Albaladejo, la equidad no es fuente del Derecho, afirmando que la aplicación equitativa del Derecho no es sino la aplicación de los principios generales, dando el citado profesor como acepciones usuales del término equidad las siguientes :

- Mitigación del rigor de la Ley, aplicándola por la humanitas, pietas o benignitas.

- Adaptación de lo dispuesto en la Ley a las circunstancias del caso concreto, de tal forma



que ésta resulte más justa que resultaría si tal caso se resolviese, sin ponderar sus peculiaridades, - con la norma general que aquella establece (189).

b.- Derecho español.- Hállanse sus reflejos en las siguientes disposiciones legales de nuestro - Código Civil vigente :

Artículo 44, 1ª : "justa causa"

Artículo 58 : "los Tribunales podrán eximir a la mujer casada, mediando justa causa, de la obligación de seguir al marido, cuando éste traslade su residencia al extranjero o ultramar".

Artículo 70 : "por motivos especiales la - sentencia puede ordenar que los hijos menores de - tres años no sean entregados al cuidado de la madre".

Artículo 85 : "dispensa gubernativa de impedimentos por justa causa".

Artículo 181 : "desaparecida una persona - podrá el Juez nombrarle un defensor".

Artículo 296 : "subsanación de la constitución nula del Consejo de familia, por falta de dolo".

Artículo 398, 3ª : "nombramiento de administrador de la cosa común".

Artículo 1.103 : "la responsabilidad procedente de negligencia podrá moderarse por los Tribunales".

Artículo 1.124 : "señalamiento judicial del plazo en virtud de causas justificadas".

Artículo 1.128 : "duración del término en función de la naturaleza de la obligación".

Artículo 1.154 : "modificación equitativa de la cláusula penal".

Artículo 1.289 : "mayor reciprocidad de intereses".

Artículo 1.690 : "falta de equidad en la distribución de pérdidas y ganancias".

Artículo 1.726 : "estimación con mayor o menor rigor de la culpa del mandatario".

Artículo 1.801 : "excesividad de la obligación procedente de juego lícito".

Artículo 1.901 : "justa causa para retener lo pagado indebidamente".

Más o menos indirectamente puede hallarse una cierta filiación en la doctrina de la equidad en los artículos 4, 11, 69, 1.116, 1.255, 1.258 y 1.275, en tre otros, igualmente de nuestro Código Civil vigente.

Entre las leyes especiales que contienen alusiones a la equidad, pueden citarse, la de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1.846 ("plazo de gracia previo al lanzamiento"), y la de 26 de octubre de 1.939. De otra parte, la regla sexta del artículo 137 del Reglamento Hipotecario, al desarrollar el artículo 41 de la Ley, faculta al Juez para reducir, a su prudente arbitrio, la caución solicita da por el actor, si la estima excesiva.

La jurisprudencia alude en ocasiones a la equidad como indeclinable exigencia de la justicia (sentencias de 26 de noviembre de 1.942 y 20 de marzo de 1.945), o como sano principio inspirador del Derecho positivo (sentencias de 15 de febrero de 1.947 y 31 de mayo de 1.949). Pero fundamentalmente como criterio de decisión ante bienes jurídicos de

igual entidad (*"aequitas in dubio praevalet"*; S. de -  
25 -3-915 y otras).

La Jurisprudencia utiliza, en general, el con  
cepto de equidad como equivalente al de Justicia. -  
(190).

El Profesor De Castro dice que la equidad es  
sencillamente la manifestación individualizada (vis  
ta desde el caso concreto) del respeto debido a los  
principios generales del Derecho. (191).

El ordenamiento español, como todos los codi-  
ficados, intentando conjugar en sus normas el fin -  
mediato de la justicia con el inmediato de la segu-  
ridad jurídica, se inclina, en ultimo término, por  
éste.

La equidad como fuente del Derecho se le pre-  
senta al legislador como una tabla de principios va  
gos, imprecisos y asistemáticos, ocasión indistinta

para la justicia o para la arbitrariedad. La misión de la equidad en el mundo jurídico actual no pasa de ser la más modesta de actuar como débil correctivo - del precepto estricto, en la escasa medida en que la propia Ley permite a los Jueces utilizarla.

c.- Funcion.- La equidad implica, más que - una justicia abstracta, una justicia individualizada, y más que una justicia estrictamente legal, una justicia de tipo natural y moral. La equidad, en su - sentido más propio y general de criterio de justí - cia del caso concreto, de norma individualizada, estimada como pauta para resolver o disciplinar un caso particular, tiene, en efecto, una triple funcion :

- Como elemento constitutivo del Derecho posi - tivo, es decir, como elemento de la Ley misma, tiene la función de dar flexibilidad a la norma cuando el propio legislador se remite a ella para suavizar el precepto general en vista de las particulares cir - cunstancias que concurren en cada caso.

- Como elemento de interpretación de la Ley y corrección de su excesiva generalidad, sirve la equidad (aun cuando el legislador no la haya previsto) - de medio precioso para evitar que de la rígida aplicación de la norma general al caso singular resulte una injusticia manifiesta.

- Como elemento de integración de la norma y utilización de los principios generales del Derecho, sirve para descubrir y aplicar, en defecto de Ley, - el principio jurídico que mejor se pliegue a las contingencias del hecho. (192).

Aristóteles decía que la función de la equidad consiste en la corrección de una Ley en lo que adolece por su generalidad (Etica a Nikomaco, V.14).(193).

La equidad puede fundamentar una resolución judicial, sin sujeción a una norma positiva, actuando así en la esfera de la creación del Derecho, bien se trate de una verdadera fuente jurídica reconocida -

por el ordenamiento jurídico, bien se trate de una remisión de la norma legal para que el Juez en un determinado supuesto resuelva conforme a la equidad, o, finalmente, si una Ley permite a los particulares sustituir la intervención normal de los organismos judiciales del Estado por la actuación en juicio de equidad de los árbitros. (194).

El término equidad podría, pues, ser equivalente a Derecho, ya que indicando igualdad, conveniencia, - adaptación, denota lo que es esencial al Derecho, es decir, establece normas adecuadas, convenientes a la relación de hecho ("aequitas ipsa est justitia, in - quantum civitates dirigit et exaequat"). (195).

d.- Posiciones doctrinales.- Las posiciones doctrinales en torno a la función de la equidad en - los sistemas jurídicos modernos las sistematiza Castán del siguiente modo :

A) De tipo negativo o subjetivo :

- 1.- La equidad como justicia extralegal.
- 2.- Como justicia de aplicación discrecional.
- 3.- Como justicia intuitiva.

B) De tipo objetivo :

- 1.- La equidad como justicia igualitaria.
- 2.- Jurídicas strictu sensu :
  - a) Basadas en la consideración de los elementos generales del Derecho :
    - 1ª La equidad como justicia natural. Ius naturalismo.
    - 2ª Como justicia ideal. Positivismo.
  - b) Basadas en la consideración de los elementos individuales del Derecho :
    - 1ª Como justicia singularizada. Escolasticismo.
    - 2ª Como justicia benévola. Humanitarismo cristiano.
- 3.- Equidad como regla moral.

C) Mixtas o complejas.

"Sea cualquiera la posición que hoy se adopte en orden a los problemas filosóficos y sociológicos -



del Derecho, continúa Castán, es indudable que, superados ya los puntos de vista del positivismo y del formalismo jurídico que han dominado durante al gún tiempo la doctrina científica, se ha de reconocer que al lado del Derecho preestablecido, formula do de antemano (Derecho estatuido), emanado de las fuentes formales (principalmente Ley y costumbre), hay un Derecho no formulado (Derecho no estatuido), llámesele Derecho natural, como en la concepción clásica hispana; Derecho discrecional, Derecho no oficial, Derecho vivo, Derecho social, Derecho intuitivo, Derecho libre, Derecho científico o de cualquier otro modo, y que se caracteriza fundamentalmente por ser un Derecho extralegal que, llegado el caso litigioso, las partes, sus consejeros o el Juez han de extraer de su conciencia, de las concepciones morales o de la apreciación directa de los hechos morales o de la apreciación directa de los hechos sociales, sin la intermediación de las fuentes oficiales" (196).

e.- Conclusiones.- Hay que admitir con de-

cisión que la equidad manifestada en la casuística del Derecho de juristas es indispensable porque el Derecho jamás puede ser perfecto.

Una vez más recordamos que sólo si los hechos no cambiaran y la vida permaneciera estacionaria, sin nuevos hechos ni necesidades nuevas, podría aspirar el Derecho a erigirse en un sistema cerrado y supuestamente perfecto. Como no es así, necesita del correctivo de la equidad, operando, caso por caso, sobre la marcha (solvitur ambulando) y sin desatender por mucho tiempo las nuevas necesidades. (197).

Sobre todo lo dicho, ver trabajo de José - Luis de los Mozos. (198).

Modernamente se ha tratado la equidad en las Ss. de 11 y 21-2-970, 24 y 27-6-970, 20-4-971, 5-5-971, 14-6-971, 27-10-971, 5-2-972, 19-12-972, 22 y 23-10-973, 30-11-973, 16 y 21-1-975, 25-4-975 y 15-11-975.

LAS LAGUNAS JURIDICAS

"La formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la Ley que puedan darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica" (199).

"Nuestro Código Civil ..... con el fin de evitar que las cuestiones de índole civil suscitadas entre los interesados y la efectividad de sus derechos queden en suspenso por tiempo indefinido, autoriza al juzgador para establecer la regla de Derecho aplicable al caso sometido a su decisión - cuando no existe Ley o ésta es deficiente, y para interpretarla si es obscura la existente....." (S. 27-5-924).

#### CAPITULO IV.

INEXISTENCIA DE FUENTES.

LAS LAGUNAS JURIDICAS.

##### 1.- Introducción y concepto.-

Lagunas son insuficiencias del Derecho positivo (del Derecho legal o consuetudinario), que percibimos como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas en que cabía esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complementa el Derecho. Las lagunas aparecen allí donde ni la Ley ni el Derecho consuetudinario proporcionan una respuesta inmediata a una cuestión jurídica (200).

En efecto, es un hecho cierto que la Ley, - por muy perfecta que se la conciba, no puede regular lo todo, Siempre existirán problemas de lagunas de

la Ley o de insuficiencia legal, y todo aquello que el legislador no ha previsto ni regulado, debe tenerlo en cuenta el Juez a la vista del caso concreto. (201).

Fue precisamente en el siglo pasado cuando surgió el problema de la insuficiencia de la Ley como única fuente del Derecho, naciendo así la teoría de las lagunas de la Ley. (202).

En las Leyes no hay solución, pero el Juez tiene que darla; o, lo que es lo mismo, el Derecho legislado y el Derecho consuetudinario tienen lagunas; el orden jurídico no puede tenerlas; a donde no llegan las fuentes legislativas y consuetudinarias, tiene que llegar la actividad judicial como fuente del Derecho. (203).

La misión de los Jueces y Tribunales es la de aplicar la Ley, pero no siempre pueden hacerlo en rigurosa subsunción de los casos controvertidos

bajo los supuestos prefijados en la Ley por insuficiencia de ésta, por los vacíos y fisuras de que - suelen adolecer, a pesar de las previsiones del legislador. Y es aquí donde principalmente se manifiesta la iniciativa de los Jueces y Tribunales, - perfilando, moldeando y adaptando la Ley a esas - nuevas situaciones que exactamente no se corresponden con la literal formulación legal. Esos vacíos o huecos o fisuras que en la Ley se ofrecen y a - que en términos generales se da el nombre de lagunas de la Ley, son el supuesto necesario para la - formulación y reconocimiento del Derecho Judicial en estricto sentido.

El caso llamado corrientemente imprevisto - o no regulado por la Ley se presenta siempre y en todas partes, sobre todo en épocas, como ahora sucede, en que las sociedades se transforman con inusitado ritmo de rapidez, o en que son profundos y acelerados los cambios y mutaciones de principios y reglas, instituciones o costumbres sociales. El legislador, aun con su experiencia y extensa visión del conjunto de los principios jurídicos y del com

plejo de las relaciones sociales, aun sabedor de las necesidades sociales de su pueblo, no puede comprender en su Ley, para regularlos, todos los casos y problemas que puedan presentarse en la vida. De un lado, su atención recae sobre los hechos y casos más importantes y frecuentes que suelen presentarse, y con ello no agota las posibilidades ni regula por tanto ni tiene en cuenta las variadísimas circunstancias en que pueden presentarse. De otro lado, las sociedades cambian, cuyas necesidades antes desconocidas e inexistentes se presentan ahora, las cuales necesitan de regulación y no la tienen.

En consecuencia, aparecen en las Leyes omisiones, vacíos o huecos que de algún modo hay que llenar. Esta falta de regla resolutoria en la Ley no sólo se refiere a casos inexistentes en el momento de la regulación, sino que también puede referirse o afectar la insuficiencia legal a casos ya existentes regulados con imperfección, ya por indeterminación de la fórmula legislativa o por contradecir ésta alguna otra disposición vigente



en el propio Derecho (falta de conciliación entre los artículos 759 y 799 del Código Civil). La necesidad de subsanación de estas imperfecciones es inevitable en un buen régimen social, ya que el orden y la armonía en la convivencia quedarían expuestos a serios peligros si aquélla no se atendiera. Por ello, los le - gisladores, tan pronto se han percatado de esta necesidad, han establecido medidas de precaución y cautela.

Bonet, citando a Enneccerus, dice que las lagunas existen en cuatro sentidos : a) a veces la Ley sólo da al Juez una orientación general señalándole expresa o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares, y que el Juez - debe investigar y estimar en cada caso concreto. b) la Ley calla en abstracto. c) también puede producirse una laguna cuando las Leyes, sin preferencia al - guna entre sí, se contradicen, haciéndose recíproca - mente ineficaces. d) finalmente, las lagunas exis - ten cuando una norma es inaplicable para abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no había -

ordenado de haber conocido aquellas o sospechado éstas. Hablamos entonces de investigación correctora del Derecho. (204).

Se ha dicho con razón que el problema de las lagunas sólo se puede resolver con la ayuda de los principios acuñados por la jurisprudencia. Esto se aplica también, como ha demostrado Boulanger, a la jurisprudencia continental, pese al cuidado que pone en colmar las lagunas "según el espíritu de la Ley". También aquí el positivismo legalista niega a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho e intenta, por una parte, reducir el alcance del problema de las lagunas, y, por otra, tender un puente hacia la autoridad de la Ley gracias a la analogía, entendida como un método de deducción lógica. (205).

En un sentido estricto, la laguna de la Ley no es cualquier deficiencia o fallo de la Ley, sino sólo la real inexistencia de Ley aplicable a un tema controvertido, dando por supuesto que esa realidad controvertida o discutida exige una reglamentación jurídica. (206).

2.- La investigación integradora del Derecho.-

Dice Castán, siguiendo en lo fundamental lo establecido por Ennecerus, que en este asunto de la aplicación del Derecho deben ser estudiadas las operaciones fundamentales siguientes :

- La determinación de la existencia de la norma jurídica, tanto desde el punto de vista formal, - es decir, la autenticidad del texto de la Ley, como desde el punto de vista sustancial, o sea. la comprobación de su legitimidad y vigencia consiguiente.

- La indagación del sentido de la norma (cometido propio de la interpretación).

- La investigación modificativa o correctora del Derecho en los casos muy excepcionales en que - sea admisible; y,

- El desenvolvimiento de las normas e inves-

tigación integradora del Derecho en los casos de la lguna de la Ley. (207).

A.- Idea general.- Se ha llegado a la conclusión en nuestros días de que ni la costumbre ni el Derecho legislado pueden contener una regulación, no ya expresa, ni tan siquiera análoga, para resolver los infinitos problemas que la vida práctica del Derecho plantea.

Esta hipótesis no prevista son lo que se - ha dado en llamar "lagunas de la Ley", es decir, los espacios vacíos que la misma Ley ha dejado, quizá - por olvido, quizá por imprevisión o imposibilidad - de imaginarlos al ser sancionada. Por consiguiente, es necesario llenar estos vacíos o lagunas a través de la función integradora del mismo Derecho, consistente en suplir el silencio de la Ley mediante la - elaboración de normas que no se hallan formuladas - en las previsiones existentes.

B.- Antecedentes históricos.- Ya el Derecho - romano no fue ajeno al problema de las lagunas del -

Derecho, y para solucionarlo confió la misión de completar las leyes a los magistrados y jurisconsultos, debiendo éstos acudir a la bonum et aequum o a la naturalis ratio.

Más tarde, en la Edad Media se confió al Derecho natural el medio de suplir el silencio del legislador mediante la equidad. Esto sucedió en la ciencia jurídica española con el preámbulo de la Compilación Aragonesa de 1247, que ya remite al Juez a la equidad o sentido natural cuando los Fueros lo silenciassen.

Contrariamente a la realidad de la existencia de las lagunas en el Derecho, nuestro Código Civil no supone la existencia de tales lagunas en la Ley y en la costumbre, señalando la responsabilidad del Juez que se niega a juzgar alegando una laguna de la Ley (cualquiera que sean las dificultades que ofrezca la aplicación del Derecho en el caso concreto de que se trate; artículo 1, número 7 del Código Civil; en el mismo sentido, artículo

357 del Código Penal), con lo cual intenta demostrar que el ordenamiento legislativo en general carece de lagunas, sin reconocer la existencia de las lagunas del Derecho.

La laguna de la Ley se produce en la realidad:

- a) Porque no existe una disciplina aplicable al punto controvertido.
- b) Porque, existiendo los preceptos que lo rigen, son absolutamente contradictorios (no contradicción aparente, que es la misión de la interpretación), o regulando en principio toda la materia en general, no disciplinan el punto concreto controvertido.

A su vez, la inexistencia del precepto aplicable puede ser :

- 1) Porque el legislador entienda que no ha llegado el momento de regular el caso al tratarse de

materias que todavía no están maduras para una reglamentación propia.

2) Por omisión del legislador.

Zittelmann añade una nueva situación determinada por los casos en que, si bien existe un precepto legal aplicable, sin embargo, siendo posible a la vez varias soluciones, no se puede determinar cuál de ellas haya de preferirse legalmente (208).

C.- Disquisiciones doctrinales.- Schreier llama "lagunas trascendentes" a la ausencia total de regulación de un hecho social, y "lagunas inmanentes", a las que existen dentro del mismo orden jurídico, en tanto que éste regula una determinada cuestión y no, en cambio, otra que se halla en íntima correlación con ella (209).

Un conflicto de valoraciones, afirma Legaz y Lacambra, entre el legislador y el Juez lleva a éste a señalar la presencia de lagunas que el mismo

legislador admite como posibles, no obstante lo cual hace prevalecer su valoración, que significa una restricción o excepción al principio lógico de que el Juez debe encontrar una solución para todo, en primer lugar, en la Ley pero también fuera de la Ley - cuando ésta no basta (210).

Heck distingue en el problema de las lagunas de la Ley dos aspectos relativos a los problemas normativos y a los de formación. Los primeros tratan - de cuestiones que exigen una contestación determinada en lo posible por la que se adquiere una pauta o línea general de orientación para la práctica. Los segundos se refieren a la terminología en que hay que dar cierto espacio al gusto lingüístico individual y a la clasificación en que hay que llegar al concepto superior (211).

Algunos autores defienden con empeño el dogma de la suficiencia completa del ordenamiento jurídico, y en tal sentido combaten la justificación del total concepto de lagunas.



Se preguntan si el Juez puede añadir algo al contenido del ordenamiento jurídico, algo que sin él no existiría allí. Si al mostrar alguna laguna ese ordenamiento, él la habría de llenar en la decisión de una controversia jurídica. Su contestación a tales interrogantes es rotundamente negativa. Excluyen, pues, la existencia de lagunas.

Por su parte, el Profesor de Budapest Julio - Moor, en un trabajo publicado en la Revista Internazionale de Philosophie del Diritto, noviembre-diciembre de 1941, afirma que en base a unas vigentes normas jurídicas se pueden decidir todos los casos jurídicos concretos que se encuentran en la realidad, por que en la medida o criterio de las normas se puede determinar el valor de cada uno de ellos.

Es principio generalmente admitido el de que está "jurídicamente permitido todo aquello que no es ta jurídicamente prohibido", principio que, al decir

de Santi Romano, no crea una libertad jurídica, un Derecho de libertad o un deber de abstención de las acciones contrarias a dicha libertad, sino que sólo establece un límite objetivo del ordenamiento, del que resulta una simple libertad de hecho no permitida, y, por tanto, ni lícita ni ilícita, con lo cual viene a demostrar que lo no jurídicamente prohibido estaría permitido de hecho, pero no jurídicamente (212).

A la postura de Santi Romano le objeta el prestigioso profesor argentino Carlos Cossío que del contenido positivo de las normas jurídicas no puede inferirse la existencia de esa norma de libertad, pues aquéllas son contingentes y ésta, por el contrario, es necesaria (213).

Esta discusión intenta solucionarla Legaz y Lacambra cuando dice que el orden jurídico no es pleno porque su plenitud resulte de la suma de las partes, incluso de la norma de libertad como un sumando más; sino que su plenitud es "una necesidad apriorística basada en la naturaleza misma del Dere

cho", la cual exige, no con el carácter de postulado ético, sino con necesidad lógica, la actividad integradora del Juez en cada caso jurídico posible; y, - así, rechazar una demanda por no haber texto legal - aplicable sería ya ipso facto declarar lo demandado como una licitud jurídica. (214).

Entre los negadores de la distinción entre - "lagunas de la Ley" y "lagunas del Derecho" cabe citar a : (215).

Kelsen, para el cual el orden jurídico constituye un todo herméticamente pleno y exento de lagunas (216).

Stammler, para el que sólo el Derecho técnicamente formado puede presentar lagunas. El Derecho en cuanto tal da solución a todos los problemas. (217).

Sauer, según el cual en el Derecho, en el orden jurídico tomado en su conjunto, no puede haber lagunas. (218).

Ennecerus, mantiene que para que ésta investigación integradora del Derecho sea posible, debe recurrir el Juez a menudo a la analogía (219).

Por su parte, otros tratadistas mantienen la existencia de lagunas. Así, Bergbohm sostiene que - al lado del ordenamiento jurídico estatal existe un "espacio vacío" del Derecho. Otra opinión sostiene que los casos de lagunas del Derecho obedecen a que las normas jurídicas, en cuanto son juicios hipotéticos, comprenden un conjunto de supuestos de hecho que no coinciden siempre con los hechos posibles - que pueden darse en la experiencia social. Cuando hay un hecho de la experiencia social que no está - comprendido en los supuestos de hecho de las normas jurídicas, hay una laguna (220).

De Castro es partidario de prescindir de la palabra "laguna", como de las múltiples clasificaciones que de la misma se han hecho. No se alude a una falta de cantidad, sino de adecuación, por lo - que sería más lógico hablar de imperfección de la -

Ley o del Derecho y, respecto de uno y de otro, de imperfección de contenido y de imperfección técnica (221).

D.- Sistemas que tratan de colmar las lagunas del ordenamiento legislativo.

1) Las Escuelas antiguas y la del Derecho natural pensaban que para suplir las lagunas del ordenamiento legislativo había que acudir al Derecho natural, a ese ideal de justicia que invariablemente pervive en la conciencia humana (222). - Hoy día este método tiene muchos partidarios, entre los que podemos citar a Geny, Del Vecchio, Pachio-  
ni, Mucius Scaevola, Valverde, De Castro, etc.

2) El idealismo lógico neokantiano remite al Juez a la idea suprema del Derecho (Stammler).- (223).

3) Para la Escuela histórica y de los pandectistas alemanes el método analógico era el único medio de completar la Ley y el Derecho positivo (Savigny, Windscheid). (224).

La llamada Escuela del Derecho Libre parte del supuesto de que en Derecho hay lagunas, que en la aplicación del Derecho se pueden encontrar casos en los que el Legislador no ha pensado. Así es que, por falta de regla, tales casos no se pueden resolver en base solamente a las reglas vigentes. Esta opinión se encuentra ya en el Artículo 7 del Código Civil austríaco, invocando en defecto de la Ley la analogía y en su defecto el Derecho natural. La teoría de las lagunas encuentra su completa formulación en la Escuela del Derecho Libre, asegurando ésta que el Artículo 1 del Código Civil suizo, haciendo el Juez legislador del caso concreto en defecto de Ley o de Derecho consuetudinario, es una victoriosa consecuencia de tal concepción (225).

Con respecto a "la valoración personal del Juez" como medio para llenar las lagunas, propuesto por algunas teorías jurídicas dentro y fuera de la Escuela del Derecho Libre, no necesitamos agregar nada más acerca de lo que ya se ha dicho. La cuestión decisiva será siempre saber en qué medida la "propia valoración"

es entendida como una valoración propiamente personal y subjetiva, y hasta qué punto es una decisión que en cuenta su punto de apoyo en criterios objetivos. En la duda, habrá que procurar llenar las lagunas por me dio de una decisión objetiva (226).

La Escuela del Derecho Libre o de la Libre Jurisprudencia ha propuesto el sistema discrecional, - atribuyendo al Juez facultades amplias para llenar - las lagunas del Derecho; este sistema se desdobra en dos actividades : a través de una mera actividad declarativa (libre investigación del Derecho), o bien a través de una actividad creadora (libre creación - del Derecho).

La Escuela de la Jurisprudencia de los Intereses sostiene que para colmar las lagunas del Derecho debe el Juez investigar, coordinar y confrontar los - intereses legítimos de las partes juntamente con los de la comunidad.

Por último, las escuelas juridicosociológicas mantienen que el Juez ha de inspirarse con criterio -

objetivo, pero de gran flexibilidad, en la llamada "naturaleza de las cosas", o bien, en la "naturaleza de los hechos a través de la conciencia común", o bien, en los diversos factores a través de los -  
cuales se recogen las necesidades y aspiraciones -  
del ambiente y del momento histórico.

Todo el que aplica el Derecho dispone del -  
expediente de la interpretación extensiva y de la  
interpretación restrictiva. Se debe escoger con un  
acto de voluntad entre estas dos posibilidades ló-  
gicas, por cuyo acto el Juez hace aplicable la re-  
gla abstracta al caso controvertido y hace concreto  
el sentido abstracto de la regla, desenvolviendo  
o desplegando a ésta y dándola un sentido más -  
determinado, por lo que toda aplicación jurídica -  
es al mismo tiempo creación de Derecho.

Para Clemente de Diego las lagunas pueden  
ser cubiertas o subsanadas de otro modo que por la  
iniciativa del Juez; a saber, por la reforma legislativa  
o por la formación del Derecho consuetudinario.  
Por ello le parece duro a este autor el juici



cio de Moor de que "la teoría de las lagunas favorece las ambiciones del Derecho libre y, a fin de cuentas, es de carácter anárquico" (227).

Se estimará que existe un "judicare contra legem" en lo que puede ser una obra de continuidad jurídica lograda por vía judicial, mientras que un método orientado sociológicamente tendrá plena conciencia de que el problema que ha de resolverse implica tener que juzgar sobre relaciones o necesidades de la vida de una clase distinta o independiente, para las que resulta corta o inadecuada la vestidura jurídica prevista por la Ley. Por ello considerará que en tal situación la tarea propiamente creadora que incumbe a la función judicial no es la de enmendar normas legales de carácter imperativo, sino el desarrollo de formas jurídicas independientes en un terreno donde no alcanza la protección de la Ley, pero en el que, a pesar de todo, la regulación jurídica es necesaria con objeto de llenar las lagunas del ordenamiento legal (228).

Según el Profesor Castán, pueden establecerse en materia de lagunas del ordenamiento legislativo las siguientes conclusiones :

Primera.- Se ha de admitir la existencia de lagunas en el sentido de que, como dice Gén<sup>y</sup> (Méthode, - segunda edic., T. II, nº 212, pag. 360), "la organización jurídica positiva, aun la mas perfecta, deja inevitablemente abiertos ciertos huecos, que la sola lógica es impotente a llenar, y ante las cuales, por consiguiente, la interpretación, que no puede rehusar las soluciones reclamadas por la vida, necesita para cumplir por entero su misión de medios independientes de las fuentes formales". Ello equivale a rechazar el pretendido dogma positivista de la plenitud lógicamente necesaria de la legislación escrita.

Segunda.- No se puede, por el contrario, admitir la existencia de las lagunas (sobre todo dentro de los regímenes jurídicos modernos) en el sentido de vacíos que no se pueden llenar con los medios integrati

vos que el ordenamiento jurídico ofrece al intérprete, o de campos en los que no pueda penetrar el Derecho, - concebido como complejo de normas derivadas de todas - las fuentes expresa o tácitamente reconocidas. (229).

Sobre el tema de las lagunas ver S. 27-5-924, y más modernamente la S. de la Sala Segunda del T.S. - de 12-12-975.

- 191 -

LA JURISPRUDENCIA

"A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de completar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses, da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa" (230).

El Artículo 1, nº 6, del Código Civil dice: "la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

## CAPITULO V.

### RESULTADO DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL.

#### LA JURISPRUDENCIA.

##### 1.- Introducción y concepto.-

La estructura de una comunidad organizada jurídicamente está integrada por dos tipos fundamentales de reglas : los preceptos legales, de carácter general, y las decisiones jurisdiccionales, que resuelven particulares conflictos de intereses. Pero en cualquier caso, el orden jurídico se nos ofrece siempre - como una viva interacción de normas generales y decisiones singulares, pudiendo sostener que las decisiones singulares cumplen en el orden jurídico una función tan indispensable como la de las normas generales(231).

De otro lado, Díez Pícazo, en sus "Estudios sobre la jurisprudencia civil", expone "La preocupación constante por comprender lo que el Derecho sea y por -

tratar de establecer, aunque sea de un modo intuitivo, la inaprehensible relación que existe entre el Derecho cristalizado en los textos legales y el Derecho que incesantemente se realiza en las decisiones de los casos". (232).

La decisión de los Tribunales, en cuanto és -  
tos deciden en un caso concreto, aplicando una norma general, dicha decisión, digo, es una norma jurí  
dica individual. Es, por tanto, de destacar aquí -  
claramente la dimensión normativa de la decisión ju  
dicial, ya que los Tribunales, autorizados para -  
ello, deciden totalmente con arreglo a su libre arbitrio, teniendo igualmente en este caso su deci -  
sión el carácter de una norma jurídica individual.

El pensamiento jurídico americano, proyectándose más allá de la latitud y la circunstancia histórica del sistema jurídico en que ha germinado, -  
mantiene la pretensión de que "el proceso de crea -  
ción del Derecho a través de la función judicial -  
ha tenido lugar de manera incesante y todavía per -

siste en todos los sistemas de Derecho, con independencia de hasta qué punto su teoría jurídica pretenda dejar reducida la función de juzgar a una operación mecánica" (233).

En los sistemas anglosajones el significado de las relaciones entre fuentes del Derecho y jurisprudencia es distinto porque las fuentes del Derecho se definen o declaran después del fenómeno de realización. La función de la jurisprudencia en estos sistemas es doble. De una parte, la jurisprudencia realiza el Derecho, pero además, en cuanto en ésta realización del Derecho se traduce o "prueba" la existencia del Derecho vigente, se puede decir - que la jurisprudencia crea Derecho. En estos sistemas, pues, la jurisprudencia cumple, además de su genuina función de realizar el Derecho, otra función específica de realizar el Derecho incierto en su vigencia hasta el momento de su realización.

Acepciones del término jurisprudencia.- "El Presidente del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y -



Justicia, a fin de cada año, una memoria en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen - las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de Derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código - que hayan dado ocasión a las dudas del Tribunal" (Disposición adicional primera del Código Civil - vigente).

Creo que de haberse llevado a cabo lo mandado en este precepto, la jurisprudencia hubiera sufrido una depuración necesaria que habría evitado muchos de los problemas suscitados.

La jurisprudencia de nuestros días no es toavía una jurisprudencia maquinal, sino una jurisprudencia humana. Este hecho acarrea una serie de inconvenientes que son, sin duda, de alguna gravedad, porque el hombre es un organismo extraordinariamente complejo que está formado no sólo de un - cúmulo de saberes y técnicas, sino también, y aun

antes, por una serie de instrucciones, de prejuicios y sentimientos. El Juez es, además, como diría Ortega, "él y su circunstancia"; su entorno vital es un mundo de condicionamientos de tipo político, económico, sociológico o histórico, de los cuales no puede (quizá también no debe) desprenderse nunca. (234).

La expresión "jurisprudencia" en un sentido muy amplio y general, comprende cualquier tipo de actividad de carácter técnico que se realiza dentro del campo del Derecho.

La Jurisprudencia se define en las fuentes romanas como "divinarum atque humanarum rerum notitia iusti vel iniusti scientia". La Jurisprudencia rectamente entendida es el "ius prudentium", teniendo además en cuenta, según nos señala Biondi, que la expresión latina "prudencia" es una traducción del vocablo griego "fronesis", que, a su vez, significa conocimiento y valoración de todo lo humano. (Sobre el tema puede verse la obra de Félix -

Senn "Les origines de la notion de jurisprudence",  
(París, 1927). (235).

Jurisprudencia no significa hoy lo mismo que "prudentia iuris". No significa tampoco, como en general entre los autores alemanes (la misma idea domina entre los autores anglosajones : "jurisprudence is the science of Law", Gray : "the nature and sources of the law", segunda edición americana Boston, 1963); no significa tampoco, decimos, ciencia del Derecho. Para nosotros, y una utilización semejante a la nuestra de la expresión jurisprudencia se hace entre los franceses e italianos, jurisprudencia significa, ante todo, un complejo de afirmaciones y decisiones pronunciadas en sus sentencias por los órganos jurisdiccionales del Estado y contenidas en ellas.

La palabra jurisprudencia es susceptible de tres acepciones : una amplísima de carácter etimológico y que responde al sentido histórico del concepto. En esta acepción amplísima la Jurisprudencia es equivalente a la visión general del Derecho en momen

to de paz o de litigio. En esta primera acepción, muy romana, cabe citar la famosa definición de Ulpiano, según el cual "la jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto"

El segundo significado podemos considerarlo representativo de una acepción más amplia y, por tanto, algo impropia. Nos referimos con ella a la doctrina sentada por los Tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir sobre las cuestiones sometidas a su deliberación; y también, coincidiendo con el parecer de la Escuela histórica, la doctrina establecida por la actuación de los órganos oficiales del Estado, distintos de los Tribunales encargados de interpretar y aplicar las leyes.

Finalmente, existe un tercer significado, - que es propio del concepto, y al que en definitiva nos vamos a referir dada su configuración específica. Es el conjunto de reglas y soluciones jurídicas emanadas de las sentencias dictadas con carácter reiterativo por los Tribunales de casación al

resolver, de acuerdo con las fuentes formales del Derecho positivo, los casos controvertidos sometidos a su alcance. (236).

En la doctrina española se utilizó la noción de Jurisprudencia en tres acepciones :

- En sentido amplio es "la doctrina sentada por los Tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir las cuestiones sometidas a ellos", o, "el criterio mantenido por los Tribunales en la aplicación del Derecho".

- En sentido estricto designa "el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo".

- En un sentido específico Jurisprudencia es "la doctrina sentada por los Tribunales, en cuanto adquiere fuerza normativa y se impone así como obligatoria para lo sucesivo". Esta acepción implica el reconocimiento de la jurisprudencia co-

mo fuente del Derecho ( 237)).

La jurisprudencia es, según Clemente de Diego, en sentido formal, "el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo", o, en sentido material, "el conjunto de sentencias de éste, por las que se revela - el modo uniforme de aplicar el Derecho" (238).

## 2.- Método jurisprudencial.-

En nuestra práctica forense se manifiesta la tendencia a citar la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, especialmente de su - Sala Primera, como si se tratara de afirmaciones - equivalentes a preceptos complementarios de los contenidos en el Código Civil (239).

El papel de estos principios no depende ni - de la ideología que impere en las leyes positivas - ni en su ímpetu ius naturalista. Resulta simplemente de la misión propia de toda administración de - justicia, de completar, elaborar y renovar el Derecho.

Dentro de este marco la jurisprudencia es, institucionalmente, fuente de Derecho (240).

La jurisprudencia gusta de generalizar los principios estructurales y también los valorativos implícitos en los textos, por tenue que sea la expresión que en éstos encuentran, con el fin de poder ampliarlos en calidad de los principios de su código, al compás de las necesidades de la vida jurídica (241).

En épocas de codificaciones cerradas, la jurisprudencia tiene sólo el cometido adicional de conciliar la misión históricamente acreditada y universalmente reconocida de una tal figura, con el preciso encuadramiento dogmático de las ideas que presiden la codificación (242).

Sabemos ya de una manera aproximada cómo funciona en principio la jurisprudencia : en primer lugar, mediante la atribución al texto legal que se considera aplicable al caso, de uno de los eventuales sentidos divergentes que el texto posee, con el

fin de fundar en él la decisión. En segundo lugar, a falta de una norma legal que sea expresamente - aplicable al caso, mediante la enumeración de lo que el Tribunal considera como principio general del - Derecho, y mediante la determinación de las consecuencias que de semejante principio se deben extraer. Tanto una como otra actividad tienen su fundamento más profundo, como se ha dicho, en un entorno vital, esto es, una serie de factores condicionantes de signo económico, político, social o cultural, y se expresan exteriormente a través de un razonamiento - formal que encarna en argumentos de lógica jurídica. De todo ello debe extraerse una primera conclusión que parece ser de suma importancia : una investigación verdaderamente seria de la jurisprudencia no - debe proponerse solamente el análisis minucioso de la corrección y de la exactitud de los argumentos - de lógica jurídica, sino que se debe proceder a un examen detenido y riguroso de los factores condicionantes de la decisión. Cabe así preconizar, desde ahora, lo que acaso podríamos llamar una interpretación sociológica de la jurisprudencia (243).



Para ello, existen dos cauces bastante asequibles :

- El primero de ellos es lo que se podría llamar una depuración auténtica de la Jurisprudencia. De la misma manera que en la teoría general del Derecho se habla de una interpretación auténtica de la Ley para designar aquella interpretación que emana del mismo órgano que dictó la Ley interpretada, esta depuración auténtica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo debería ser obra del propio Tribunal.

- El segundo cauce de la depuración de la Jurisprudencia debe ser la depuración doctrinal. (244).

### 3.- Significación.-

Jurisprudencia no significa hoy lo mismo que "prudentia iuris". No significa tampoco, como entre los autores alemanes, ciencia del Derecho. Para nosotros Jurisprudencia significa ante todo un comple

jo de afirmaciones y decisiones pronunciadas en sus sentencias por los órganos jurisdiccionales del Estado y contenidas en ellas. Más concretamente designa las afirmaciones y las decisiones contenidas en las sentencias del más alto órgano jurisdiccional del país, que entre nosotros es, como sabemos, el Tribunal Supremo de Justicia (245).

El valor de la jurisprudencia se puede cifrar en que la misma es la forma más genuina de realización del Derecho, algo que las fuentes propiamente dichas, en su limitado grado de practicidad, no pueden alcanzar directamente. En las fuentes se define el Derecho vigente; en la jurisprudencia el Derecho vigente se realiza. Ciertamente que las fuentes del Derecho existen con independencia de la jurisprudencia, pero la jurisprudencia es la condición de su eficacia. De tal modo las fuentes del Derecho vienen a depender de la jurisprudencia en una medida considerable. Lo definidor y típico de la jurisprudencia es que en ella el Derecho vigente se realiza.

Es la jurisprudencia, más que la Ley, la que constituye la forma viva del Derecho, realizando en el grado máximo posible la aproximación del hecho a la norma jurídica, esclareciendo su sentido, fijando su alcance, integrándola con soluciones nuevas y, en definitiva, adaptando el Derecho a la vida y rejuveneciéndole (246).

Se puede afirmar que quien determina el espíritu de toda obra legislativa, sus ideas directrices, sus criterios específicos de valor, que imprimen su sello histórico a las soluciones que se dan a las cuestiones generales, es la jurisprudencia del presente. Ella "toma" de las codificaciones principios que ningún legislador ha puesto en ellas, mientras que las ideas básicas del texto, que son expresión de la ideología de la época, las va dejando de lado a medida que envejecen. Y de hecho, en el proceso de la evolución social, nada está sometido a tales agobios y pruebas como aquella parte de los principios de un código que está construida sobre las sacrosantas concepciones morales y sociales de una época que sólo en ella encontraron su realización -

económica y política o al menos su sanción oficial.  
(247).

La Jurisprudencia moderna ha tenido en cuenta esta verdad por cuanto se ha percatado de cuán ficticia es la subsistencia de reglas fijas y ha reconocido la energía creadora en cada sentencia singular. Veánse sentencias citadas en la introducción.

Lo que tiene fuerza de Ley no es la sentencia en sí misma, sino el reconocimiento en ella expresado de un pensamiento jurídico perfilado casuísticamente.

La validez del Derecho judicial continental - no descansa sobre una autoridad de los Tribunales - ("authority of courts") histórica, sino sobre una "autorité judiciaire institucional", es decir, no en la organización de un estamento judicial con atribuciones para la creación del Derecho, sino en la fuerza creadora de la Jurisprudencia como institución.(248).

Que la Jurisprudencia de los Tribunales tiene la misión de hacer progresar el Derecho, es decir, de adaptar el orden jurídico formulado a la evolución de las circunstancias, resulta de muchas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo. (249). Veánse sentencias citadas en la introducción.

Mientras que para Stammler la ciencia jurídica encontraba ya hecho su material y se limitaba a analizarlo, para Lask la tarea del Jurista tiene sentido "creador". "La Jurisprudencia produce todo lo que es necesario para el dominio de su tarea práctica, mediante un mundo de conceptos propios que le son exclusivos". La sentencia es fuente de Derecho (en cuanto crea una norma individual) por su misma esencia. (250).

Con la actividad supletoria del Derecho legislado tampoco queda agotada la labor de la Jurisprudencia. Tiene también a su favor, en efecto, una misión típicamente interpretativa, fijando el sentido de la Ley, no solo cuando ésta es oscura, sino también cuando es clara pero no responde al devenir de los tiempos y circunstancias. Junto a éstas mi-

siones anteriores los tratadistas señalan otras dos funciones típicas de la jurisprudencia : la diferencial, que se produce cuando la aplicación estricta de la Ley puede traer una grave injusticia; y la renovadora, que tiene lugar cuando la Ley se envejece por anacrónica, en cuyo caso conviene vivificarla con una actualización racional e inspirada en la evolución del pensamiento jurídico.

En este hacer y quehacer, es decir, en esta tarea constante de la jurisprudencia, se produce una situación singular integrada por una especie de autonomía de la decisión judicial respecto de las otras normas jurídicas. Pues así como con respecto al caso particular el Derecho del litigante deviene directamente del fallo, produciéndose como una especie de fuente nueva de derechos subjetivos, así también, en el complejo de decisiones judiciales, se acusa una independencia de las mismas respecto de todas las normas jurídicas que le sirven de fundamento, ya que el modo o manera de decidir sobre los casos particulares determina una conducta reiterativa que más que de aplicación es, a veces, de "creación"

del Derecho, y desde luego, independientemente de las normas jurídicas tradicionales, sobre las cuales ha montado la legislación el sistema de fuentes.

Además de ello, la jurisprudencia posee un control efectivo sobre estas fuentes básicas. Al alzar, en efecto, ante los Tribunales, como fuente del Derecho, una costumbre, el Tribunal Supremo, resolviendo el recurso de casación, decide acerca de la validez y existencia jurídica de la costumbre alegada, y entonces dicho Tribunal con su resolución dá color y valor jurídico a ésa fuente del Derecho.

De otra parte, como los principios generales del Derecho en tanto tienen eficacia jurídica en nuestra patria en cuanto son reconocidos por la Ley y, sobre todo, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es evidente que tiene ésta en sus manos una potestad de decisión eficaz sobre esta fuente formal del Derecho, reconocida subsidiariamente por el artículo 1 del Código Civil.

¿ Qué es lo que de verdad constituye jurispru

dencia?. Para poner un poco de luz en el tema podemos pensar que una sentencia del Tribunal Supremo posee dos vertientes o facetas : a la primera de ellas la podríamos denominar sentencia como obra literaria; a la segunda la llamaremos sentencia como acto jurídico. Pues bien; de una manera rigurosa, una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo - que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación con el caso decidido. Solo ésto es verdadera jurisprudencia.

¿Cuál es, sin embargo, el modo normal de proceder entre nosotros?. Lo normal es, no nos engañemos, recoger de la sentencia una afirmación cualquiera, y, abstrayéndola por una parte del caso dentro del cual había nacido, y separándola por otra parte del resto de la sentencia, generalizarla, de manera tal que es a esta pequeña máxima o afirmación casi abstraída y generalizada a lo que usualmente llamamos jurisprudencia. Un modo de proceder semejante es totalmente arbitrario, disculpable cuando lo sigue un abogado utilizándolo en defensa de su actitud dentro de un pleito, pero no disculpable cuando se



encuentra en obras doctrinales que poseen un alto valor científico; y de disculpa imposible cuando es el propio Tribunal Supremo quien lo utiliza en relación con sus propios precedentes, cosa que ocurre con alguna frecuencia desgraciadamente (ejemplo que ilustra esta idea es la sentencia de 7-11-1961, en materia de reclamación de la filiación natural : "... y para que... pueda hacerse una declaración judicial homologadora de la anterior extrajudicial es preciso, según acorde jurisprudencia de esta Sala, que el documento sea autógrafo, íntegramente, no bastando por lo tanto el escrito a máquina aunque esté firmado por el pretendido padre...").

En cuanto a la jurisprudencia como institución, apenas se le discute hoy el carácter de fuente del Derecho. La necesaria autoritas de la creación de normas por parte de la iudicatura, es hoy admitida casi universalmente (251).

El profesor Alvaro D'Ors sostiene que el Derecho es lo que aprueban los jueces, y "si fuente del Derecho es toda expresión formuladora de un criterio

para juzgar, me parece que se deduce sin dificultad que la jurisprudencia es la fuente primaria de todo Derecho; porque la jurisprudencia es precisamente - eso : formulación del ius" (252).

El profesor Albaladejo, aunque es contrario al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho, destaca su importancia cuando expone : "hasta se puede decir, si se quiere, que de hecho - la jurisprudencia es más importante que la norma jurídica en sí, pues prevalece (que es lo que prácticamente importa) no el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atribuye". (253)

Y el profesor García de Enterría, al considerar cuán relativos son los límites entre la Ley escrita y su interpretación, dice : "ello hace necesariamente de la jurisprudencia una auténtica fuente de Derecho, y entre las más efectivas, y éste es un factum contra el que nada pueden las declaraciones formales del propio ordenamiento".(254).

Del estudio sobre la función de la jurisprudencia se deduce con toda evidencia que la aplicación de las normas supone una actividad creadora, porque el que interpreta da sentido, desarrolla y completa la Ley.

En definitiva, la "doctrina legal" es la que resulta de las leyes mismas y la sentada por el Tribunal Supremo al interpretarlas y aplicarlas. Está, pues, en dependencia directa de la interpretación jurisprudencial, que es la que crea, y su existencia depende tanto de la Ley como de la jurisprudencia - (255).

Si el Derecho se presenta como un conjunto - de casos jurisprudenciales, conciben tales sentencias como si se las hubiera dictado al mismo tiempo y contuvieran implícitamente todo lo que fuera necesario para la decisión de casos futuros.

Si el Derecho se presenta en la forma de una recopilación de sentencias, las últimas decisiones se consideran simplemente declaratorias y aclarato-

rias de los principios que habrán de hallarse mediante el estudio histórico de las más antiguas; como - evolución lógica de las concepciones jurídicas y los principios que habrán de descubrirse por el estudio histórico del Derecho más antiguo (256).

Cuando se dice que la jurisprudencia no es o no debe ser fuente del Derecho (o, por el contrario, debe serlo), se formula un juicio valorativo sobre - la misión de los jueces en relación con la reforma y el progreso del Derecho; pero entonces se suele tomar la voz jurisprudencia en el sentido usual de uniformidad de las sentencias del Tribunal Supremo, buscándose en esta circunstancia la garantía del prestigio del órgano de quien emana y al propio tiempo la seguridad que proporciona una doctrina constante que viene a constituir un verdadero Derecho consuetudinario. Pero se olvida que jurisprudencia significa también simplemente actividad judicial en general, actividad jurídica de los jueces, acto jurisdiccional; y entonces el problema de la jurisprudencia como fuente de Derecho sufre una transformación completa. Y así, - como tal actividad jurídica, la jurisprudencia no es

nunca fuente de normas generales de Derecho cuando se la toma en el sentido de doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que es una norma general. Pues desde el momento en que la jurisprudencia como actividad jurídica de los jueces consiste en crear - normas individuales de Derecho, es claro que la solución de un caso no puede ser obligatoria respecto de otro caso, pues entonces sería una solución, es decir, una norma de carácter general(257).

4.- El problema de la jurisprudencia como fuente del Derecho.-

A.- Doctrina negativa.- Una primera doctrina de matiz negativo rechaza terminantemente - que la jurisprudencia pueda ser fuente del Derecho. Primero se argumenta esta tesis con razones de carácter general, singularmente la de que no es proprio de los Tribunales establecer reglas obligatorias de matiz abstracto, sino más bien decidir sobre - situaciones concretas al amparo de las demás fuentes jurídicas. Después se alegan razones de carácter concreto y específico, relativas sobre todo a

la omisión de la Jurisprudencia en el catálogo del artículo 6 del Código Civil antiguo y 1 moderno.

Federico De Castro vuelve sobre el hecho inconcurso de la omisión premeditada y sostiene la primacía del Código sobre las Leyes adjetivas, poniendo de relieve que la doctrina legal aceptada por la Ley rituaría no puede nunca tener el carácter de fuente jurídica. (258). En el mismo sentido Espín. (259).

B.- Doctrina positiva.- Pero parece que son más los tratadistas que estiman que debe considerarse a la Jurisprudencia como fuente del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico patrio.

Ahora bien, dentro de esta tendencia positiva han sido varios los criterios que se han seguido para resolver el problema de su validez formal:

a) La parificación de la jurisprudencia con la costumbre.- Un primer criterio, que puede considerarse bastante sostenible, ha estimado que la Jurisprudencia puede muy bien consi-

derarse como un verdadero Derecho consuetudinario. No hay, dice Castán, diferencias profundas de naturaleza entre el Derecho consuetudinario popular y el Derecho judicial, ni ofrece mayores peligros la admisión de la costumbre judicial, producto de la actividad reflexiva y técnica de los propios órganos jurídicos del Estado, que la costumbre de formación espontánea. Josserand dice que la jurisprudencia no es otra cosa que el Derecho consuetudinario moderno. (260).

b) La subsunción de la norma - jurisprudencial dentro de los principios generales del Derecho.- Una segunda doctrina dentro de la - orientación positiva estima que la jurisprudencia puede muy bien quedar entroncada con los principios generales del Derecho.

c) El reconocimiento del valor jurisprudencial en otros lugares del Código Civil diferentes al Artículo 1, nº 6, Bustamante y Montoro... la Ley de Enjuiciamiento Civil. De Manre

sa... la tercera de las disposiciones adicionales al Código...etc.

d) La estimación de la jurisprudencia como fuente sin necesidad de asiento legal que la justifique.- Como dice Castán, hay todavía posiciones muy avanzadas que se preocupan poco de la omisión de la jurisprudencia en el Código Civil. Una de ellas es indiscutiblemente la del profesor Dualde. (261).

También se debe incluir en este apartado de tesis positivas avanzadas la orientación de Puig Brutau, muy influido por la Escuela realista americana, para quien del simple hecho de vivir la jurisprudencia con esa vida tan floreciente y próspera, se desprende su enorme valor como fuente jurídica. (262).

C.- Doctrina ecléctica.- En esta tercera posición podemos situar la tesis del maestro Castán, para quien no cabe duda que la jurispruden-cia, en el régimen patrio, no es una fuente autó-



noma de producción jurídica, como pueden serlo la Ley y la costumbre. Ahora bien; esto no significa que la jurisprudencia carezca de valor y autoridad. Y ello no sólo por vía indirecta, en cuanto la jurisprudencia pueda llegar a constituir Derecho con suetudinario obligatorio, sino también por vía - directa, en cuanto va ligada a la jurisprudencia - una muy visible, aunque limitada, actividad creado ra, cuyos resultados y soluciones se imponen en la práctica imperiosamente a los Tribunales inferiores y aun en cierto sentido al Tribunal superior - que la establece. (263).

La sentencia de 30 de Noviembre de 1935 - afirmó que cuando la jurisprudencia ha establecido una determinada interpretación legal, debe ser ésta mantenida en aras de la certidumbre y realidad de las relaciones jurídicas en tanto no se de muestre de modo indubitable la antinomia de ella con el verdadero contenido de la Ley.

Conviene hacer resaltar concluyendo en es-

te punto lo siguiente :

- Que la jurisprudencia tiene un fuerte asidero jurídico representado por los preceptos de la Ley rituaria.

- Que es posible aceptarla como fuente de una manera indirecta, subsumiéndola en las otras fuentes legales, ya que siempre hay una Ley que justifique el fallo dictado; representa una verdadera costumbre el respeto a las decisiones de la casación, y por punto general supone la doctrina legal el trasunto y revalidación de los principios generales del Derecho.

- Finalmente, la jurisprudencia en nuestra patria va dominando en su evolución los obstáculos tradicionales, pudiendo decirse que estamos muy cerca del final de su propia meta, consistente en su consagración oficial como fuente del Derecho. Un momento culminante de ello lo representa la sentencia de 30 de Noviembre de 1935 citada. Además de todo esto, si ella no es fuente oficial, sí es el

vehículo "oficial" para que otras fuentes queden normatizadas, como ocurre, en cierto sentido, con la - costumbre y, desde luego, con los principios generales del Derecho.

La sentencia, individualizada hasta un límite variable en cada caso, tendrá necesidad con frecuencia de deformar la norma de Derecho vigente para dejar sentado el germen de Derecho venidero.

La técnica propia de los juristas del Common Law estriba en apoyar el racionamiento judicial, no precisamente en los artículos del Código, sino en la doctrina resultante de los casos decididos (179).

François Geny termina los dos volúmenes de su "Méthode", en el que tantas concesiones se hacen aún al legalismo jurídico, con esta confesión : "los elementos puramente formales y lógicos ..... (o sea, de la Ley escrita) son insuficientes para satisfacer - los desiderata de la vida jurídica. De donde resulta como consecuencia inevitable que la jurisprudencia ha de buscar, fuera y por encima de estos elemen

tos, los medios que necesita para llevar a cabo toda su misión (264).

5.- Finalidad de la jurisprudencia.-

Como reconoce Ogayar, "no cabe duda de que es a la jurisprudencia a quien corresponde abrir nuevos caminos y atender a realidades nuevas. Esta es su trascendencia y su importancia, pues al impulsar la ciencia jurídica, contribuye eficazmente a la elaboración del Derecho" (265).

La necesidad de dictar una sentencia justa y - al mismo tiempo la de imputar la solución, cualquiera que sea, a la previsión del legislador, da lugar a - que el Derecho de los sistemas continentales manifieste, en ciertos casos, dicha diversidad. Es decir, no sólo se completa el orden jurídico con el valor ejemplar que se desprenda de la sentencia recaída, sino - con las afirmaciones que expliquen el sentido doctrinal de los preceptos del Código (266).

De una manera rigurosa una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación - con el caso decidido. Solo esto es verdadera jurisprudencia (267).

6.- Formación del Derecho a través de la jurisprudencia.-

Si el Derecho debe ser considerado como algo vivo, fluyente, flexible, o sea, que no se cristaliza y no se separa de la auténtica vida jurídica, entonces deberá aceptarse que la jurisprudencia constituye aquel medio por el cual se evita que se cave - una profunda fosa entre ese Derecho y la Ley. Atañe al legislador colmar la alguna que surgiría entre la Ley y las exigencias de un Derecho que se adecúe a la vida, a las necesidades sociales y económicas. Según Kirghmann (conferencia en Berlín en 1848) sustentó - que el Derecho carece de valor como ciencia (Die Wertlosigkeit der jurisprudenz als Wissenschaft) : "tres palabras correctoras o rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas en papeles

sin valor". Pero pensar así es incurrir en dos errores : uno, pensar que el legislador procede con suficiente previsión para dar solución a las necesidades sociales y económicas aún antes de - que el hecho se presente; en segundo lugar, que el Derecho debe ser inmutable. Ello es olvidar que el legislador cuando llega, llega tarde en - muchas ocasiones. Además, no tendría en cuenta que aquella variabilidad que Kirchmann consideró para formular su conclusión negativa del carácter científico de la Jurisprudencia "no es más arbitraria que la de cualquiera otra manifestación - histórica". (268).

La teoría pura del Derecho, la teoría kel-seniana, aun cuando pretenda "aislar la exposición del Derecho positivo de toda suerte de ideología iusnaturalista en torno a la justicia", y sostenga que "el Derecho es un medio, un medio social y concreto", y no "un fin", ha debido reconocer que el Derecho no solo debe ser caracterizado como un orden jurídico coactivo, sino también ha -

admitido que es, en esencia, un orden para promover la paz, lo cual requiere un mínimo de "eficacia" del Derecho, o sea, que se esté ante un orden jurídico cuyas normas por lo general se acatan o se aplican.

Ese Derecho injusto contra el cual todos debemos esforzarnos en su eliminación, está destinado a caer en desuso sobre todo por medio de una Jurisprudencia que ora amplía, ora restringe, ora deforma el texto legal. Sobre esa Jurisprudencia extensiva restrictiva y deformante, que va adecuando la Ley a las transformaciones económicas, políticas y sociales que sufre la colectividad, ha escrito E. H. Perréau en su obra "Téchnique de la Jurisprudence en Droit Privé", París, 1923, con suficiente fuerza de convicción.

Creer en la omnipotencia del legislador es olvidar que existen otros factores tanto o más poderosos que la misma Ley. La Jurisprudencia, orientada por la doctrina que extrae de los casos vivos los -

grandes principios directores, es una fuente tan sig  
nificativa del Derecho que ya algunos autores la ele  
van a la categoría de verdadera fuente. Y aún quien  
sostiene que la Jurisprudencia es un "hecho axiológico", pero no una fuente del Derecho, reconociendo que  
es el "hecho más importante de todo pleito".

Nuestros Códigos Civil y de Comercio, y ello -  
cabe extenderlo a otras codificaciones y Leyes que -  
nos rigen, han quedado recubiertos por una espesa ca  
pa jurisprudencial que constituye aquél Derecho vi-  
gente y que efectivamente se aplica.

Se ha llegado a sostener que la Jurisprudencia  
tiene tal significación que debe ser considerada an-  
tes de adoptar un nuevo Código. Se ha escrito al -  
respecto : "es verdad que la revisión, la refundi-  
ción y la redacción de un Código es empresa peligro-  
sa. Resulta de ella, de una manera especial, y du -  
rante largo tiempo, un estado de estancamiento y de  
inseguridad, pues nadie sabe cómo serán aplicados -



e interpretados por la Jurisprudencia los textos nuevos, y también un estado de esterilización para la ciencia, porque los autores se asignan entonces la tarea casi exclusiva de descifrar, de deletrear el nuevo texto, palabra por palabra y coma por coma".

Que el principal material de conocimiento sobre el cual debe trabajar la doctrina lo constituye la jurisprudencia, resultando inadmisibile una actitud disciplente de esta última con respecto a aquélla, es hoy admitido casi uniformemente.

Se ha dicho al respecto : "es preciso que la doctrina tome la Jurisprudencia como principal objetivo de estudio; no perderá por ello su originalidad ni su fuerza; adquirirá, por el contrario, una savia rejuvenecida y nuevas floraciones". Y se añade a lo anterior : "no es posible decir mejor que la Jurisprudencia es la materia prima sobre la cual tienen que trabajar el escritor y el profesor; corresponde a éstos estudiarla, sistematizarla y guiarla también.

Por la Jurisprudencia, pero más allá de la Jurisprudencia, ésa debe ser su divisa; hay lugar en ella a la vez para una especie de clínica jurídica y para lo que se llama muy felizmente la libre investigación científica; lo esencial es no trabajar en el vacío o por el solo placer de construir axiomas o teoremas jurídicos.

Son tantos los males que ocasiona una doctrina alejada de la Jurisprudencia, que es necesario poner de manifiesto la necesidad de que la investigación jurídica siga de cerca la vida del Derecho tal como surge de la praxis jurisprudencial.

Si no, con tal mentalidad los autores y los profesores serán fatalmente conducidos a realizar una completa abstracción del medio social, de la evolución económica, de las necesidades prácticas, hasta de la equidad, y a hacer del Derecho la ciencia más seca, más abstracta que se puede concebir; y, sobre todo, hacia obra sana pero estéril, porque las con -

clusiones a las que llegarían, que se opondrían frecuentemente a las de la Jurisprudencia, no recibirían ninguna consagración práctica. Habría dos Derechos : el de la escuela, que se enseñaría en las Facultades y que podría clasificarse entre las ciencias exactas, pero que nunca o casi nunca sería aplicado; y, por otra parte, el de los Tribunales, que constituiría una ciencia social, bien viviente y cuyas diversas jurisdicciones se encargarían de convertir en realidad.

A pesar de la codificación más avanzada, más completa, más perfecta, la vida jurídica de un país prosigue y se desarrolla juntamente con la vida social y económica.

La formación jurisprudencial del Derecho revela que ella es el resultado de un sistema de medios de administración del Derecho. Ese arbitrio del Juez que encuentra un límite heteronómico en la Ley escrita más que en la costumbre, sólo es así en cuanto esa Ley guarde armonía con las exigencias sociales.

Al comienzo del Siglo XIX los juristas están enteramente vueltos hacia la Ley, de la cual se limitaban a hacer el comentario. Ahora son las decisiones de la Jurisprudencia lo que cuentan en las notas de los fallos.

La improvisación legislativa da amplio margen a la Jurisprudencia para desarrollar su papel creador, ya que la Ley que hoy se dicta adolece cada vez más del inconveniente de ser sancionada "en vista de una sola hipótesis", debiendo el Juez adaptarla, mediante su arbitrio judicial, "a los miles de hipótesis no previstas".

La directiva general destinada a guiar al Juez en la administración del Derecho y a suministrarle una idea de su objeto y de su finalidad, no sólo surge en toda Jurisprudencia creadora, sino que el propio legislador se ve precisado a recurrir a conceptos de lato contenido cuyas notas características lo constituyen la flexibilidad y la misma vaguedad.

Se trata de aquellos "conceptos-válvulas" de que hablaba Wurzel en su "Das Juristische Denken", - que permiten brindar flexibilidad al Derecho, ofreciendo amplio margen al intérprete, porque las "formulaciones jurídicas positivas, como todo sistema, aunque aparentemente cerrado, tienen en realidad - válvulas y medios naturales de renovación, de transformación y de crecimiento".

Esa Jurisprudencia, para adecuar el Derecho a la vida jurídica, o sea, para que el Derecho sirva a la vida y no recíprocamente, recurre a métodos técnicos que originan una Jurisprudencia que amplía, - restringe o deforma los textos legales. Su función creadora nos resulta patente.

Quienes digan que la Jurisprudencia es fuente del Derecho, parten del principio de que la Ley debe emanar del poder legislativo, es decir, sufrir - el proceso constitucional que requiere la formación de la Ley, debiendo ésta no sólo ser sancionada, -

sino aprobada y publicada por el poder ejecutivo. Desde este punto de vista estrictamente legal, la Jurisprudencia carece de valor obligatorio y no es fuente del Derecho, tal como en la doctrina española sostiene De Castro. (269).

Pero no faltan autores que brindan a la Jurisprudencia categoría de fuente del Derecho, entre ellos Manresa, De Diego, De Buen, Pérez González y Alguer, Alcalá Zamora y Castillo, Puig Brutau, etc.

Una posición intermedia, como decíamos, adopta Castán Tobeñas en cuanto considera que en Derecho español (la Ley Orgánica establece que no cabe a los Jueces dictar reglas o disposiciones generales acerca de la interpretación o aplicación de las Leyes) no surgen dudas de que la Jurisprudencia no es fuente autónoma de producción jurídica. Sin embargo agrega que "resulta exagerado, en sentido contrario, negar a la Jurisprudencia todo valor o autoridad". Admite que -

la jurisprudencia tiene un indudable valor efectivo, y ello "no sólo por vía indirecta, sino también por vía directa, en cuanto va ligada a la jurisprudencia una muy visible actividad creadora, cuyos resultados y soluciones se imponen en la práctica imperiosamente a los Tribunales inferiores y aun, en cierto sentido (desde luego puramente moral), al Tribunal superior que la establece." (270).

Lo cierto es que la jurisprudencia forma un Derecho consuetudinario judicial autárquicamente normativo, que se impone a todos con la más plena convicción de su carácter obligatorio mientras no sea sustituida por otra costumbre o doctrina jurisprudencial.

Sea para colmar las lagunas legislativas, sea aun para hacer progresar el Derecho escrito, nuestras costumbres a través de la jurisprudencia, van elaborando un nuevo Derecho, tornándolo congruente en la evolución económica, social y moral misma.

Ya se estime que la jurisprudencia es una fuen  
te material de Derecho, ya se la considere como un -  
simple hecho de singular valor axiológico, ya se le -  
brinde el alcance de lo autárquico normativo o fuente  
formal del Derecho, lo cierto es que resulta ser el -  
medio principal por el cual el Derecho va armonizándose  
se con las exigencias de la vida jurídica, o sea, con  
las necesidades éticas, sociales y económicas prevalece  
cientes.

La jurisprudencia como fuente principal del De  
recho, evitando su cristalización, constituye la prueba  
ba de cómo ya no procede inclinarse ante el dogma de  
la omnipotencia legislativa para permanecer indiferente  
te o impasible ante una norma que se separa de la ma-  
yor humanización del Derecho.

La jurisprudencia española es especialmente -  
conservadora en Derecho de Familia (S. 29-11-1958), -  
y en materia de demandas de matrimonios civiles contra -  
traídos por nacionales españoles de religión católica  
(Ss. 21-10-1959 y 21-11-1959).



Hay en Derecho Civil dos campos concretos donde el cambio de la jurisprudencia es especialmente significativo : el primero se encuentra en el Derecho de daños. La norma legal, artículo 1902 del Código Civil, se ha mantenido idéntica al paso de los años. La interpretación de este precepto legal ha ido cambiando radicalmente con el paso del tiempo : la jurisprudencia más antigua exigía de una forma rigurosa, para dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, - que existiera culpa o negligencia del demandado, e imponía al demandante la carga de la prueba. Como consecuencia de ello es claro que pocas demandas de indemnización de daños extracontractuales llegaban a buen fin (S. 3-6-1901). La jurisprudencia más reciente ha cambiado con un giro de casi 180 grados: cuando el daño ha sido producido como consecuencia del ejercicio normal o anormal de una actividad de la cual la persona obtiene un beneficio económico, la carga de la prueba se invierte de tal manera que no es el perjudicado quien tiene que probar la culpa del dañador, sino que es éste quien tiene que probar que adoptó todas las medidas de precaución posibles para evitar el daño. El giro encuentra su fundamento doctrinal en la

llamada "teoría del riesgo". En el fondo, sin embargo, por debajo de este fundamento doctrinal, tal vez esté latiendo una intuitiva precaución, que es, a juicio del autor estudiado, la raíz última del nuevo Derecho de daños : la necesidad social de defender y de amparar a la persona frente a un maquinismo industrial desencadenado en beneficio de determinadas partes de la sociedad y, sólo indirectamente, de la totalidad de ella. La transformación es muy notable ya en la sentencia de 30 de junio de 1959, siendo radical en la sentencia de 5 de abril de 1963.

El segundo de los campos del Derecho Civil donde el giro producido es verdaderamente ejemplar, puede encontrarse en el tratamiento de los contratos impuestos a sus clientes por las grandes empresas industriales y mercantiles, es decir, en la zona de los llamados contratos de adhesión o condiciones generales de la contratación. La jurisprudencia de principios de siglo es extraordinariamente respetuosa con este tipo de contratos, aplicando la idea estricta de la autonomía de la voluntad establecida en el artículo 1255

del Código Civil, y en virtud del juego del axioma pacta sunt servanda, obligando a cumplirlos en sus propios términos. Es de gran interés en este sentido el caso decidido en la sentencia de 23 de febrero de 1918.

La jurisprudencia más reciente ha ido minando poco a poco la eficacia de estas cláusulas ("letra pequeña") de los contratos de adhesión, a través, sobre todo, de la idea de la llamada interpretatio contra stipulatorem, que se funda en el artículo 1288 del Código Civil. Como contrapunto de la sentencia citada anteriormente pueden servir las sentencias de 4 de Julio de 1953 y 28 de Marzo de 1956. (271).

7.- Concepto legal de la jurisprudencia.-

Ya al principio de este capítulo se ha transcrito en lo pertinente la Exposición de motivos - del Decreto 1936/74, de 31 de Mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título preliminar del Código Civil.

El artículo 1, número 6, del Código Civil dice : "la jurisprudencia complementará el ordena - miento jurídico con la doctrina que, de modo reite - rado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios ge - nerales del Derecho".

Sin embargo, no siempre ha sido así, pues la Ley de Bases para la elaboración del Código Civil - menciona la jurisprudencia como interpretación auto - rizada del Derecho escrito, y dice que debe ser te - nida en cuenta tanto para la redacción del Código - como para sus futuras reformas.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil el único - precepto que emplea el término "jurisprudencia" es el artículo 1782, en el que autoriza al Ministerio - Fiscal para interponer recurso de casación en inte - rés de la Ley.

De ambos textos legales puede extraerse la - noción de jurisprudencia diciendo que es "la inter - pretación del Derecho vigente realizada por el Tri -

bunal Supremo" (272).

Para referirnos ya al valor de las sentencias en nuestros Tribunales, y más concretamente al de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, es necesario llamar la atención acerca de la discrepancia - existente entre el derogado artículo 6 de nuestro Código Civil y el valor efectivo de la fuente del Derecho que en él se omitía (273).

El Código Civil español de 1889 ni pudo derribar las barreras políticas de los derechos consuetudinarios locales (fueros), ni quebrar la autoridad - de las tradiciones jurisprudenciales. Por eso se - mantuvo un auténtico Derecho local que por su parte obligó a la formación de un auténtico Derecho común, aunque desde 1884 sólo por parte del Tribunal Supremo. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 disponía expresamente que la doctrina legal reconocida por el Tribunal Supremo era causa de casación (artículo 1012). For más que el artículo 6 del Código Civil español mitigara este privilegio por la remisión a los "principios generales del Derecho" como un caso de aplicaca

ción formal de la Ley, la ilusión de un Código autárquico no pudo abrirse camino en España y la jurisprudencia siguió siendo fuente del Derecho en el sentido pluralista (274).

Sin embargo, el artículo 1691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que el Recurso de Casación puede fundarse en "infracción de Ley o de doctrina legal", precepto notoriamente institucional, puesto que la Constitución señalaba como misión de los Tribunales aplicar las leyes pero no las doctrinas (275).

En cuanto a nuestro sistema, ya sabemos que afirma en teoría que sólo cuando existe más de una sentencia con doctrina coincidente relativa a un mismo extremo, puede invocarse ante los Tribunales. En este sentido se pronuncian las modernas Ss. de 7-3-972, 22-3-972, 20-4-972, 8-1-973, 2-4-973, - 14-4-973, 24-4-973, 29-10-973, 3 y 23-11-973, - 12-12-973, 18-1-974, 23-4-974, 28-6-974, 30-10-974, 29-1-975 y 14-3-975.

Ya la interesante sentencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, de 21 de Abril de - 1926 afirmó que, si bien otra sentencia anterior, - la de 15 de Enero de 1894, consideró ilícito el pacto de coartar la libertad de contratación y del trabajo, una sola sentencia no forma jurisprudencia, y aunque hubiera habido varias, siempre que fuesen - del siglo anterior, no podían respetarse en el presente, porque la jurisprudencia no es estática, tiene que ser dinámica, como las mismas leyes que, teniendo el carácter de permanentes en sus derechos, son variables en su evolución progresiva, al tener en cuenta las nuevas necesidades y las realidades - de la vida (276).

En este sentido de posibilidad de cambio y - de evolución de la jurisprudencia podemos citar las Ss. de 24-4-970, 25-4-972 y 29-4-972.

La sentencia de 5 de Junio de 1968 dice, a - sensu contrario, que la Jurisprudencia es fuente indirecta del Derecho y, por tanto, de ineludible cumplimiento.

El ejemplo más destacado en el Derecho comparado con respecto a la aprobación del arbitrio judicial, y, por tanto, a la libre creación de la jurisprudencia, aparece en el Código Civil suizo de 1907, en cuyo artículo primero se dice : "La Ley rige todas las materias a las que se refieren la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el Juez resuelve de acuerdo al Derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador. Se inspirará en las soluciones consagradas por la doctrina y jurisprudencia".

Sobre el carácter, sentido y alcance de la jurisprudencia recientemente citamos las Ss. de 28-2-970, 24 y 27-4-970, 5-5-970, 30-11-970, 5-4-971, 15-10-971, 28-12-971, 19-2-972, 25 y 29-4-972, 10-6-972, 20-6-972, 26-12-972, 6-3-973, 7 y 20-10-973, 11 y 23-4-975 y 20-6-975.



- 244 -

I N D I C E

## I N D I C E

### PRIMERA PARTE

Págs.

CAPITULO I.- INTRODUCCION .....	3
1.- Tema objeto de la tesis .....	5
2.- De la creación del Derecho y sistema a seguir en el desarrollo de la expo- sición .....	17
 CAPITULO II.- ARBITRIO Y ACTIVIDAD JUDICIAL ....	27
1.- Arbitrio judicial. Desarrollo .....	29
A.- Regulación legal .....	39
B.- Apunte jurisprudencial .....	40
2.- Actividad judicial en la creación del Derecho .....	43
3.- Actividad judicial en su fase de apli- cación de la norma. Interpretación .....	66
A.- Fuentes del Derecho .....	66
a.- Clasificación .....	66

b.- Otras clases de fuentes jurídicas .....	70
c.- Las fuentes en el Derecho español .....	71
B.- Desarrollo de la actividad judicial. Interpretación .....	74
a.- Concepto de aplicación de las normas jurídicas .....	75
b.- Concepto de la interpretación de la norma .....	78
c.- Clases de interpretación .....	81
d.- Elementos de la interpretación:	
- Teorías al respecto .....	87
- Reflejo jurisprudencial .....	87
e.- Cometido de la interpretación .	91
f.- Métodos de interpretación .....	93
1.- Métodos tradicionales .....	93
a') Método histórico-dogmático .....	95
b') Escuela de la exégesis.	95

c') Escuela histórica- alemana .....	99
2.- Métodos modernos .....	102
a') Método histórico-evo- lutivo .....	102
b') Jurisprudencia con- ceptualista .....	103
c') Escuela del Derecho Libre .....	103
d') La Jurisprudencia de los intereses .....	109
e') Método finalista .....	110
f') Realismo y judicialismo en el pensamiento jurí- dico anglosajón .....	113

CAPITULO III.- APLICACION DE LAS FUENTES MATE	
RIALES COMO ELEMENTOS INTEGRADO	
RES DE LA LEY .....	118
1.- Principios generales del Derecho .....	120
A.- Introducción .....	120

Págs.

B.- Principios legalizados .....	124
C.- Principios formulados por la Jurisprudencia del T.S. ....	125
D.- Principios no incorporados al ordenamiento jurídico .....	126
2.- Otros elementos integradores de la Ley .....	136
A.- La analogía .....	136
a.- Introducción y concepto .....	136
b.- Alcance y significación .....	140
c.- Funciones .....	143
d.- La analogía en el Derecho español .....	146
e.- Conclusiones .....	149
B.- La equidad .....	153
a.- Introducción y concepto .....	153
b.- Derecho español .....	156
c.- Función .....	160
d.- Posiciones doctrinales .....	162
e.- Conclusiones .....	164

Págs.

CAPITULO IV.- INEXISTENCIA DE FUENTES. LAS

LAGUNAS JURIDICAS .....	166
1.- Introduucción y concepto .....	168
2.- La investigación integradora del	
Derecho .....	174
A.- Idea general .....	175
B.- Antecedentes históricos .....	175
C.- Disquisiciones doctrinales .....	178
D.- Sistemas que tratan de colmar -	
las lagunas del ordenamiento le	
gislativo .....	184

CAPITULO V.- RESULTADO DE LA ACTIVIDAD JU-

DICIAL. LA JURISPRUDENCIA .....	191
1.- Introduucción y concepto .....	193
2.- Método jurisprudencial .....	201
3.- Significación .....	204
4.- El problema de la jurisprudencia co	
mo fuente del Derecho .....	216
A.- Doctrina negativa .....	216

Págs.

B.- Doctrina positiva .....	217
a.- Parificación de la jurisprudencia con la costumbre .....	217
b.- Subsunción de la norma <u>jurisprudencial</u> .....	218
c.- Reconocimiento del valor <u>jurisprudencial</u> en la legislación positiva .....	218
d.- Estimación de la <u>jurisprudencia</u> como fuente, sin justificación legal .....	219
C.- Doctrina ecléctica .....	219
5.- Finalidad de la jurisprudencia .....	223
6.- Formación del Derecho a través de la jurisprudencia .....	224
7.- Concepto legal de la jurisprudencia ..	238
INDICE .....	244

S E G U N D A   P A R T E



- 251 -

## I N T R O D U C C I O N

## CAPITULO VI.

### INTRODUCCION.

En la primera parte de este trabajo se ha procurado analizar, dando una idea general, las instituciones jurídicas con las que el juzgador se enfrenta en cuanto a su utilización para dar cumplimiento a su específica función, es decir, el otorgamiento de justicia.

Como hemos visto, son varias las opiniones doctrinales sobre cada uno de los conceptos tratados, lo que facilita al juzgador la selección para la emisión de su propia opinión. Incluso esta selección de caminos puede hacerse de forma inconsciente; es decir, determinado juzgador puede seguir un criterio interpretativo clásico o moderno, ajustando sus decisiones a lo que esa teoría dice, sin conocer la misma, pero acomodando su trabajo a lo expuesto por

ella. Todo ello en uso del arbitrio judicial, pues no hay que olvidar, como decíamos en la primera parte, que el Juez es ante todo hombre y que está sujeto a una serie de condicionamientos a los cuales no se puede sustraer.

En esta segunda parte hemos intentado, me -  
diante una amplia selección de sentencias, llegar a la posición del juzgador ante determinadas situaciones, analizando en dichas sentencias seleccionadas las situaciones o fenómenos sociales dados que afectan directamente al hombre que juzga, influenciándole para decidir de una forma determinada, es decir, haciendo uso clarísimo del arbitrio judicial.

Con estas palabras de introducción pasamos -  
seguidamente a la exposición y comentario de las -  
sentencias seleccionadas, siguiendo para ello el orden del articulado del Código Civil, limitándonos -  
por supuesto a los artículos seleccionados para el presente trabajo, y en cuanto a las sentencias si -  
guiendo un orden cronológico para observar mejor la evolución habida de unas a otras resoluciones.

1.- Material preseleccionado del Código Civil.-

- Abuso de la cosa : artículos 520 y 529.
- Alma del testador : artículo 447.
- Buena fe : artículos 69, 361, 382, 383, 433 a 436  
451 a 454, 464, 1107, 1164, 1473, 1529, 1530, 1940  
1950 y 1951.
- Caso fortuito o fuerza mayor : artículos 457, 484  
499, 1096, 1105, 1136, 1183, 1425, 1575, 1601, -  
1625 y 1777.
- Coacción : artículos 101, 673, 674, 756, 1265, -  
1267 y 1301.
- Consentimiento : artículos 59, 101, 125, 133, 176  
1258, 1261 a 1270, 1416 y 1702.
- Corrección de menores e incapacitados : artículos  
155 a 157, 263 y 269.
- Corrupción : artículos 74, 105, 171, 756 y 853.
- Culpa o negligencia : artículos 1089, 1092, 1104  
1122, 1183, 1306, 1726 y 1902 a 1910.
- Daños y perjuicios : artículos 44, 99, 203, 232,  
236, 280, 293, 312, 360, 379, 380, 382, 383, 391  
511, 562, 564, 690, 705, 712, 715, 976, 1077, 1101  
1106, 1107, 1108, 1124, 1135, 1147, 1150, 1152, -

1270, 1295, 1298, 1322, 1486, 1489, 1529, 1540  
1556, 1559, 1571, 1591, 1594, 1682, 1686, 1718  
1729, 1767, 1769, 1779 y 1838.

- Desuso : artículo 5.
- Dolo : artículos 673, 674, 713, 1101, 1102, 1107, 1265, 1269, 1270 y 1301.
- Honores : artículo 64.
- Ignorancia : artículos 2 y 244.
- Imbecilidad : artículo 32.
- Impotencia : artículos 83, 102 y 103.
- Indignidad : artículos 756, 757 y 852.
- Inoficiosidad : artículos 639 a 654.
- Inspección judicial : artículos 1240 y 1241.
- Intereses : artículos 273, 286, 495, 502, 505, 517, 519, 884, 870, 1120, 1123, 1126, 1173, 1049, 1108 a 1110, 1295, 1303, 1371, 1397 y 1501.
- Interpretación : artículos 675 y 1281 a 1289.
- Intimidación : V. Miedo.
- Justo título : artículos 448, 464, 1952 y 1954.
- Lesión : artículos 1074 a 1079, 1291, 1293, 1296, 1469 y 1470.
- Mala conducta : artículo 237.

- Mala fe : artículos 69, 70, 72, 260, 362, 363, 364, 379, 382, 383, 433, 1298, 1417, 1476, 1488 1529, 1706 y 1896.
- Miedo : artículos 1265, 1268 y 1301.
- Negligencia : V. Culpa.
- Obediencia : artículos 57, 154 y 263.
- Pactos : artículos 1572 y 1884.
- Patria potestad : artículos 73, 154 a 180, 306 224, 229, 854 y 855.
- Perturbación (en la cosa) : artículos 1502 y 1560.
- Presunciones : artículos 33, 108, 109, 110, 191 a 194, 434, 448, 459, 572, 574, 643, 1090, 1183 1189, 1191, 1210, 1277 y 1249 a 1253.
- Preterición de herederos : artículos 814 y 1080.
- Principios del Derecho : artículo 6.
- Promesas : artículos 826 y 1451.
- Vicios de la cosa : artículos 1484 a 1487, 1491 y 1495.

Artículo 38 C.C. : "Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, - así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las Leyes y reglas de su Constitución. La Iglesia se regirá en este - punto por lo concordado entre ambas potestades; y - los Establecimientos de Instrucción y Beneficiencia por lo que dispongan las Leyes especiales".

2.- Material escogido para la investigación.-

ARTICULO 38. BENEFICIO DE POBREZA PARA LITIGAR.

"Las religiosas profesas tienen perfecta capacidad legal, con arreglo al artículo 38 de la Ley de 29-6-837, para contratar individualmente. Aun en la hipótesis de que para otorgar escrituras de enajenación de bienes necesitaran licencia del diocesano, es doctrina consignada en las resoluciones de 25 y 28-8-871 que la falta de tal requisito no es defecto que impida la inscripción de aquéllas".(R.D.G. de 1-9-896).

El juzgador separa totalmente los efectos civiles de los religiosos, haciendo prevalecer los primeros. Por tanto, a su criterio, no toma en cuenta lo mandado por la Ley eclesiástica.

"El Concordato de 17-10-851.... y los cánones del capítulo II del D. de Reforma de la Sesión 25, -



del Concilio de Trento, relativo a la imposibilidad de todo religioso regular de poseer o tener como - propio, ni aun a nombre del convento, bienes muebles ni raíces, no son aplicables para conceder a los re - ligiosos el beneficio de litigar en concepto de po - bre.... al ser permitido actualmente a los religio - sos adquirir bienes ha desaparecido aquella prohi - bición...." (S. 11-4-913).

Se observa un cambio radical de criterio de una a otra época en cuanto a la posibilidad de po - seer bienes los religiosos, lo que demuestra clara - mente el fenómeno progresista de mayor libertad de actuación de los religiosos, que el Juzgado capta y plasma en la resolución.

"Habiéndose modificado el principio y pro - fundamente por el Estado el ordenamiento jurídico - de los bienes pertenecientes a las Ordenes Religio - sas .... y teniendo en cuenta que el mismo plantea en esencia una cuestión de capacidad que estas cues - tiones, en los documentos inscribibles, debe apre -

ciarlas el Notario bajo su responsabilidad ... sin tener en cuenta la existencia de los religiosos de España en un régimen de publicidad que constituye por sí un estado posesorio de Derecho .....; finalmente que habiendo concedido la Sagrada Congregación de Asuntos Religiosos al Prepósito general el beneplácito para la pignoración hipotecaria ... es indudable la capacidad plena con que se otorgaron las escrituras calificadas ..." (R.D.G. 21-1-932).

En esta sentencia el juzgador, claramente - más influenciado por el aspecto religioso que el - que dictó la resolución anterior de 4-11-913, concede capacidad plena de otorgamiento, debido precisamente al beneplácito concedido.

El fenómeno social que se aprecia en las - tres resoluciones comentadas es el mayor o menor - fervor religioso del juzgador, plasmándose en la - concesión de mayor o menor importancia otorgada al ordenamiento eclesiástico.

En el mismo sentido S. 11-12-897,

Artículo 56 C.C. : "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerese mutuamente".

ARTICULO 56. OBLIGACION DE CONVIVENCIA, FIDELIDAD Y SOCORRO MUTUO.

" Uno de los deberes más fundamentales impuestos por la Ley a los cónyuges consiste en socorrerse mutuamente en todos los casos en que este socorro sea necesario, cualquiera que sea la situación legal del matrimonio, a no ser que la necesidad del cónyuge sea proveniente de actos por él mismo realizados que constituyan al mismo en una situación ilegal y contraria a Derecho" (S. 16-10-903)

Estima esta sentencia el deber en cualquier situación legal del matrimonio, en contra del criterio de la S. 3-11-905.

"La prescripción del artículo 143, número 1, del Código Civil, de que los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos no puede menos de estar subordinada a las demás disposiciones de dicho cuerpo legal que regulan la

organización de la familia y los deberes de los esposos no separados legalmente, entre los que se hallan los de vivir juntos y socorrerse mutuamente, - como previene el artículo 56 de dicho cuerpo legal, y que, ésto supuesto, la obligación de suministrar alimentos el cónyuge que tenga bienes al que carezca de ellos y los necesite para subsistir se ha de entender limitada al caso en que con arreglo a Derecho se haya decretado la separación de los mismos..  
.." (S. 3-11-905).

Se observa en esta sentencia un criterio contrario a la de 16-10-903, que establece dicho deber cualquiera que sea la situación legal del matrimonio interpretando en esta segunda sentencia de una forma más extensiva, previendo el caso de separación - legal en cuanto a los derechos para ella decretados.

"La obligación de vivir juntos impuesta a - los cónyuges como inmediata consecuencia de la constitución de la comunidad matrimonial, por el artículo 56 del Código Civil, es, en su generalidad, de -

orden público o de Derecho necesario; y aunque en la realidad social existen situaciones análogas que pueden repercutir en el ordenamiento civil sin necesidad de provocar separaciones judiciales, definitivas o interinas, no es posible admitir que el mutuo acuerdo de los obligados sea por sí solo fuente de relaciones jurídicas capaces de alterar la superior unidad conyugal sobre la que descansa la familia entera" (R.D.G. 30-11-917).

De una parte reconoce explícitamente esta resolución la incidencia de situaciones sociales en el ordenamiento jurídico. De otra parte relega la voluntad de las partes a la letra estricta de la Ley, a diferencia de lo que ocurre en la contratación normal, en que en muchos casos y como se ha dicho textualmente en sentencias que veremos, la voluntad de las partes es "la suprema Ley".

"Este artículo reconoce la obligación de los cónyuges de socorrerse mutuamente, obligación que en este caso adquiere particular relieve dada la

cuantiosa fortuna heredada por el marido...."

(S. 17-2-942).

La obligación adquiere en esta sentencia mayor relieve según los intereses en juego, contradiciendo la sentencia de 4-12-959, que dice que el deber no es sólo físico y económico, sino también mo -  
ral. En definitiva, esta sentencia parece dar más -  
importancia al asunto monetario para considerar la obligación de socorro.

"Los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son especialmente recíprocos poru -  
que incumben y corresponden a ambos cónyuges .....  
teniendo un carácter marcadamente ético porque se -  
confía al sentimiento y a la conciencia íntima el -  
cumplimiento de tales deberes .... siendo los fundame  
mentales y principales deberes recíprocos de los -  
cónyuges, incluidos en los artículos 56 y 57, relati-  
tivos a guardar fidelidad, cumplir los deberes de -  
mutua asistencia, de afecto y estimación recíprocos,  
de convivencia y de cohabitación, obligaciones cuya

observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal. Concretamente el mutuo auxilio comprende no sólo a los deberes referentes al auxilio físico, a los cuidados que deben prestarse los cónyuges en caso de enfermedad, sino también a los que entrañan ayuda moral, afecto mutuo, estimación ....."  
(S. 4-12-959).

Esta sentencia deja la observancia de las obligaciones a la conciencia más que al frío precepto legal, dando a entender, por una parte, que el cumplimiento en conciencia por parte de los esposos sobrepasa el contenido legal de dicha obligación, y de otra, que el criterio personal del Juez se mueve en conceptos totalmente extralegales, como son los del "deber ser".

En el mismo sentido, Ss. 28-3-933 y 30-9-959.

El tema tratado ha sido abordado recientemente por las Ss. de la Sala Segunda del T.S. de 22 y 28-1-971, 16-2-971, 3 y 21-4-971, y 7 y 13-3-973.



Artículo 171 C.C. : "Los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de ésta, si trataran a sus hijos - con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores. En estos casos podrán - asimismo privar a los padres, total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste".

ARTICULO 171. EJEMPLOS CORRUPTORES.

"Sobre no ser preceptiva sino facultativa la disposición que contiene el artículo 171 del Código Civil, es indudable que el adulterio anterior de la madre no debe estimarse comprendido en los casos en que con arreglo a dicho artículo pueden los Tribunales privarla de la patria potestad sobre sus hijos. ... los ejemplos corruptores a que alude el artículo 161 antes citado son los que los padres pueden - dar a sus hijos con su actual vida licenciosa o por actos de presente de reconocida inmoralidad....." (S. 9-11-898).

Determina esta sentencia el carácter facultativo en la apreciación de los ejemplos corruptores.

"Si bien el artículo 171 del Código Civil - confiere a los Tribunales la facultad de privar a - los padres de la patria potestad o suspender el - ejercicio de ésta si tratasen a sus hijos con dure-

za excesiva o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores, es manifiesto que pueden usar discrecionalmente de tal facultad cuando en vista de las pruebas suministradas estimen que así procede en justicia..." (S. 14-3-899).

La privación, pues, de la patria potestad queda al prudente arbitrio de los Tribunales en vista de la apreciación de las pruebas. Es facultad discrecional de los jueces el privar de la patria potestad tomando como base, desde luego, el propio criterio judicial, creando con su resolución una pauta jurídica para situaciones similares, es decir, Derecho.

"El artículo 171 del Código Civil que se invoca concede a los Tribunales, para apreciar el carácter excesivo de la dureza de trato o malos ejemplos a que se refiere, y para determinar después, atribuciones de índole discrecional..." (S. 30-7-904).

Concede esta sentencia atribuciones a los Tribunales para valorar la mayor o menor dureza de los malos tratos o malos ejemplos, siendo igualmente una pauta para situaciones similares.

"Es facultad potestativa y discrecional, no preceptiva, atribuida por el artículo 171 del Código Civil a los Tribunales la de poder privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio de la misma cuando concurren las circunstancias en dicho artículo señaladas, cuya existencia y realidad ha de estimar y declarar el juzgador ....." (S. 22-3-915).

Esta sentencia abunda en el criterio de la anterior comentada, pero aún con más fuerza, dejando a la discreción de los jueces la facultad de la privación de la patria potestad.

La facultad que el artículo 171 del Código Civil concede a los Tribunales para privar a los padres de la patria potestad.... es una facultad que ha de ejercitarse discrecionalmente cuando concurren las circunstancias señaladas en dicho artículo, cuya realidad y existencia ha de estimar el juzgador, sin que contra lo resuelto en el ejercicio de esa facultad proceda el recurso de casación" (S. 17-3-928).

Esta sentencia observa que no se trata solamente de una facultad, sino que la misma ha de ejercitarse discrecionalmente; eleva el arbitrio judicial a la categoría tal que su resolución no puede ser motivo de casación.

".....la palabra "podrán" empleada en el artículo 171 del Código Civil confiere exclusivamente - a los Tribunales de Instancia la facultad de resolver en materia de suspensión de la patria potestad, a no ser que la existencia de los supuestos de hecho se combata al amparo del número 7 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil....La conducta del padre que puede deformar moralmente y corromper a los hijos, no es sólo su actuación como individuo aislado e independiente, sino también su modo de comportarse como jefe de una familia o elemento activo de la sociedad...ha de sentarse con energía el criterio de que el padre que abandona a sus hijos antes de que transpongan la infancia y continúa varios años en la cómoda posición adoptada, les ofrece un modelo que pervertiría, viciaría o estragaría

las ideas que paulatinamente fueran formando los me  
nores respecto a la sociedad paternofilial, si otras  
personas no compensasen tan corruptor ejemplo ....."  
(S. 24-6-931).

Esta sentencia está observando implícitamen  
te no sólo los actos de presente o comportamiento -  
actual, sino que proyecta la conducta del padre ha  
cia el futuro de los hijos; por ello, el criterio -  
es contrario al de las Ss. 9-11-898 y 25-6-923, que  
sólo hablan de actos de presente.

Dos notas de importancia a resaltar en este  
último grupo de sentencias : de una parte se obser  
va en ellas la institucionalización del arbitrio ju  
dicial y, de otra, la evolución y ampliación inter  
pretativa en cuanto a reconocer que los actos futu  
ros también pueden incurrir en el campo de los ejem  
plos corruptores contemplados por este artículo 171  
comentado.

En el mismo sentido, Ss. 28-1-918 y 25-6-923.

Artículo 361 C.C. : "El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida - en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente".

ARTICULO 361. EDIFICACION Y CULTIVO DE BUENA  
FE.

"El Tribunal Supremo tiene reiterada y constantemente declarado que la buena o mala fe de un poseedor es cuestión de hecho que el Tribunal sentenciador aprecia en virtud de su Jurisdicción propia, y como la Audiencia, del resultado de todas las pruebas ha estimado que los demandados ocupaban de buena fe la faja de terreno de que se trata..."(S.13-4-912).

Se declara explícitamente en esta sentencia - que la buena fe es una estimación de hecho del Tribunal sentenciador.

"...este problema, creado al exceder el edificio de los límites de su suelo propio, resuelto con criterios diversos que buscan la equidad en sus soluciones positivas en algunas legislaciones extranjeras, no lo está por preceptos expresos en el ordenamiento sustantivo español, ni por la jurisprudencia,



aunque es de notar que la sentencia de 30 de Junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho de hacer suyo el terreno invadido - por lo edificado con extralimitación mediante el - pago de su precio; y ante esta falta de preceptos positivos exactamente aplicables, habrá la misma - de ser suplida, cuando no lo está por la costumbre, por los principios generales del Derecho, según lo exige en el párrafo 2º el artículo 6 del Código Civil..." (S. 31-5-949).

Reconoce esta sentencia la insuficiencia de la Ley para la regulación de todos los casos, dando a la jurisprudencia el carácter de Ley en la solución de los mismos y poniendo después la costumbre y los principios generales del Derecho.

En el mismo sentido están las sentencias de 5-6-894, 30-6-923 y 17-12-957.

Modernamente Ss. 10 y 24-2-970, 22-11-973 y 10-6-974.

Artículo 362 C.C. : "El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo - edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización".

ARTICULO 362. EDIFICACION Y CULTIVO DE MALA FE.

"La presunción racional de que edifica de mala fe el que lo hace después de incoado el pleito sobre reivindicación del terreno, carece de eficacia cuando falta la base de la misma, por no haber sido aquél parte en el juicio ni haber tenido - siquiera noticia de su existencia" (S. 4-3-892).

Basa el criterio en si se ha tenido o no - noticia del pleito, exonerando de haber tenido o no mala fe simplemente por desconocer el pleito, - sin apreciar las demás situaciones o circunstancias que podrían demostrar la mala fe, con lo que el juez gador demuestra su absoluta y propia decisión extra legal.

"...fuerza es, para resolver la cuestión resuelta y planteada en el recurso, puntualizar si dicho litigante procedió de buena o mala fe, inducién-

dolo de los hechos conocidos y probados, ya que en la sentencia no se hace declaración sobre ello, - aunque se invoque el artículo 361..."(S.30-11-900).

Se ve claramente que aunque se invoque el - artículo 361, si la sentencia no hace declaración expresa, se presume la buena fe.

"No se infringe este artículo, pues establece como punto de partida para su aplicación la existencia de mala fe, y sabido es que ésta, como cuestión de hecho, requiere la declaración previa de su existencia, según repetidamente ha establecido la - doctrina del Tribunal Supremo, declaración no formulada por el Tribunal a quo" (S. 27-4-918).

A pesar de que la apreciación de buena o mala fe es cuestión de hecho sujeto a criterio judicial, es necesario el requisito formal de que se declare por el Tribunal "a quo", suponiendo esto a nuestro entender una necesidad poco consecuente respecto del mismo, ya que se encuentra obligado a hacer la de-

claración de buena o mala fe aun de forma inductiva.

"... y de si obraron, al adquirir y edificar, con buena o mala fe, son cuestiones de hecho reservadas a la soberana resolución de las Salas sentenciadoras, cuyas declaraciones, como resultado y apreciación de la prueba practicada, sólo - pueden ser combatidas en forma legal"(S.23-11-931).

Corresponde al Tribunal la apreciación de buena o mala fe según las pruebas, pareciendo que no ha de tener en cuenta el amplio articulado que regula la situación de buena o mala fe.

Sobre lo tratado ver Ss. 24-3-970 y 29-5-970.

Artículo 433 C.C. : "Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en caso contrario".

ARTICULO 433. POSESION DE BUENA FE.CONCEPTO.

"La jurisprudencia tiene establecido, como reconoce el recurrente, que la buena o mala fe de un poseedor es cuestión de hecho que el sentencia  
dor de instancia aprecia de la prueba en virtud -  
de su exclusiva facultad, y habiendo afirmado, -  
con vista de cuantas pruebas se practicaron en es  
te pleito, que la Compañía demandada ocupó todo -  
el terreno que le fue entregado por la compra que  
hizo al Estado del lote, y construyó la obra del  
dique comprendida en el mismo, mediando en todo -  
ello buena fe....., y el reconocimiento que hace -  
la sentencia, a otros fines, de haber destruido -  
la demandada un mojón divisorio y paredes y corta  
do árboles, no obstante el requerimiento en contra  
rio que se le hizo por la autoridad municipal, no  
son motivos bastantes para admitir la certeza de  
la mala fe, que la Compañía actora pretende exis  
tir bajo el supuesto de haberse apoderado la deman  
dada de toda la tierra que ocupa...., quedando, por

tanto, sujeto al criterio del Tribunal sentenciador apreciador del conjunto de la prueba el extremo de la ilegitimidad de la repetida posesión, necesario a la mala fe sostenida por el recurrente, sin otro fundamento que su particular criterio, que no puede prevalecer sobre el sustentado por el Juzgado. Por lo expuesto, la sentencia no infringe, como - pretende el recurrente, el precepto del artículo - 433 del Código Civil ..." (S. 22-10-925).

No considera esta sentencia mala fe el haber destruido mojón y paredes y cortado árboles - pese al requerimiento de la autoridad. La Sala - sentenciadora no considera mala fe a pesar de los requerimientos habidos, arrogándose, pues, una facultad de decisión no acorde con las pruebas aportadas, pese a ser una autoridad reconocida la que requirió para que no se obrara de la forma indicada.

"Revistiendo el concepto de la buena fe - una cuestión de mero hecho, su estimación corres-



ponde a la Sala sentenciadora, la que debe por sí graduar el valor de la prueba practicada, a cuya libre apreciación hay que circunscribirse en casación, por cuanto así lo tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencias repetidas, que por su uniformidad constituyen doctrina legal ....."  
(S. 20-2-959).

Esta sentencia deja la apreciación al libre arbitrio del Tribunal, aclarando también el carácter de doctrina legal que adquiere la jurisprudencia de cara a la casación y posteriores resoluciones.

En el mismo sentido, Ss. de 23-12-890, 28-2-893, 7-12-899, 26-6-912, 11-2-946 y 26-9-955.

Abordan igualmente el tema de la buena fe las Ss. de 7 y 10-3-972, 31-1-975 y 20-6-975.

Artículo 434 C.C. : "La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba".

Artículo 435 C.C. : "La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente".

Artículo 436 C.C. : "Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario".

Artículo 437 C.C. : "Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación".

ARTICULOS 434 a 437. PRESUNCION DE BUENA  
FE.

"El detentador de bienes ajenos, o sus herederos, no vienen obligados al abono de los frutos percibidos si no existen hechos determinantes de la mala fe, y no observando esta doctrina, se infringen los artículos 434, 442 y 452"(S.28-6-906).

"Para que el poseedor se repute de mala fe al efecto de restituir los frutos percibidos y dejados de percibir, según el artículo 455 del Código Civil, de los bienes que posee, y sobre los que se haya dado lugar a la acción reivindicatoria ejercitada por el dueño, es indispensable que el Tribunal sentenciador haga expresa declaración sobre este extremo, estableciendo que es tal poseedor de mala fe, y no habiéndolo hecho así, debe tenerse a los demandados como poseedores de buena fe y condenárseles sólo a la devolución de los frutos percibidos desde la interpelación judicial, según lo dis

puesto en el artículo 451 de dicho cuerpo legal, por lo que aquél ha incurrido en la infracción - que el recurrente le atribuye" (S. 18-3-924).

Es de comparar esta sentencia con la de 26-9-955, que no traduce en el fallo la estimación de buena o mala fe. Y debemos preguntarnos pues ¿qué ocurre cuando no se dice en el fallo?.

"... porque la apreciación de la buena fe es un concepto jurídico que, aparte de que se presume siempre en la posesión, conforme al artículo 434 del Código Civil, es deducido libremente por el Tribunal sentenciador valorando los hechos que le sirven de origen.... sino que razonando sobre aquellos mismos hechos según su particular interés pretende hacer valer su opuesto criterio sobre el más autorizado del Juzgador, que, como antes se - dice, es libre, según la doctrina jurisprudencial, dentro siempre del respeto a los hechos acreditados que a ellos se refieran, para formar y emitir su juicio respecto de la existencia de la buena o

mala fe de un litigante en el desarrollo del acto o negocio jurídico pertinente" (S. 10-4-956).

El principio de presunción de buena fe que se ha plasmado en estas sentencias parece contradecir la pauta seguida en anteriores sentencias - comentadas por cuanto en éstas se establece como principio el libre arbitrio o apreciación judiciales por encima del simple hecho de una presunción.

También es de notar que en la S. 10-4-956 el Juzgador manifiesta expresamente que el criterio de un particular interés es menos autorizado que el del Juzgador, elevando a éste por encima de los intereses en conflicto.

Artículo 451 C.C. : "El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Se entienden percibidos los frutos naturales o industriales desde que se alzan o separan. Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción".

Artículo 452 C.C. : "Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiere hecho para su producción, y además, a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión. - las cargas se prorratarán del mismo modo entre los dos poseedores. El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo".

ARTICULOS 451 y 452. POSESION DE BUENA  
FE. EFECTOS EN CUANTO A LOS FRUTOS.

"El poseedor de buena fe hace suyos los fru  
tos percibidos antes de la contestación a la deman  
da, cualidad que tiene el que posee en virtud de -  
una sentencia judicial..." (S. 4-3-893).

En el mismo sentido, S. 6-7-899.

Aquí ya no presume la buena fe, sino que se  
tiene la misma en virtud de una sentencia judicial.

"Con arreglo a la constante jurisprudencia -  
del Tribunal Supremo, desde el momento en que se for  
maliza el pleito por la contestación a la demanda,  
cesa la presunción de buena fe y el derecho del po-  
seedor a hacer suyos los frutos" (S. 17-5-893).

En el mismo sentido, S. 12-3-948.

Va esta última sentencia en contra del principio de presunción de buena fe, puesto que el hecho de contestar a una demanda no debería alterar dicha presunción; creemos que el Juzgador hace en este caso un uso del arbitrio judicial muy poco acorde con la idea de justicia que ha de prevalecer. Corrobora nuestra opinión la S. 12-11-929, que dice: "... porque el solo hecho de oponerse a la demanda la parte condenada utilizando el derecho de que se cree asistida, no lleva consigo la necesidad de afirmar la mala fe, que es de la libre apreciación del Tribunal de Instancia".

"... y reputándose los recurrentes poseedores de buena fe, sin apreciar en ellos temeridad, como - lo demuestra el hecho de no ser condenados en costas ..." (S. 20-10-908).

En el mismo sentido, S. 10-12-918.

En contra de la S. 17-5-893, aquí se ha recurrido en ejercicio de un derecho, sin perder por ello



la condición de poseedor de buena fe, incluso basando esta presunción el Juzgador en el poco relevante detalle de no haber sido condenado en costas.

"Para que el poseedor se repute de mala fe..  
.. es indispensable que el Tribunal sentenciador -  
haga expresa declaración sobre este extremo....."  
(S. 18-3-924).

Va contra la S. 20-10-908, en la que se presume la buena fe por el hecho de no haber sido con-  
denado en costas.

"... porque la buena fe siempre se presume, y la sentencia no sólo no declara la mala, sino que de su contenido se deriva admite aquélla y, además, el recurrente se conformó con la sentencia del Juzgado..." (S. 21-5-930).

Aquí la sentencia recurrida no declara la - mala fe, pero tampoco la buena, y el Tribunal Supremo la deduce del contenido de aquélla.

Artículo 455 C.C. : "El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y solo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que éstos gastos se hallan invertido siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión".

Artículo 456 C.C. : "Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión".

Artículo 457 C.C. : "El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe res

ponde del deterioro o pérdida en todo caso, y aún de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo".

Artículo 458 C.C. : "El que obtenga la posesión no está obligado a abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa".

Artículo 459 C.C. : "El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio mientras no se pruebe lo contrario".

ARTICULOS 455 A 459. POSEEDOR DE MALA FE.

"Para que el poseedor se rep<sup>u</sup>te de mala fe. ... es indispensable que el Tribunal sentenciador haga expresa declaración sobre este extremo, estableciendo que es tal poseedor de mala fe, y no habiéndolo hecho así, debe tenerse a los demandados como poseedores de buena fe..." (S. 18-3-924).

Creemos que el Juzgador toma aquí una postura cómoda al limitarse únicamente a si la Sala sentenciadora declaró o no la buena o mala fe. Se da, pues, un método interpretativo rabiosamente literal.

"... se tiene por cierto que los demandados, contra la voluntad del marqués y de mala fe, admitieron también en la finca a otras personas, que disfrutaron como ellos y sólo por su consentimiento.... es indudable que esa conducta abusiva cae dentro de lo dispuesto en el artículo 455

del Código Civil..." (S. 5-1-954).

El artículo 455 del Código Civil no dice na da respecto de otras personas. Nos hallamos, pues, - ante una interpretación extensiva del precepto legal.

La mala fe ha sido tratada recientemente en las Ss. 11 y 19-2-971, 17-3-973, 27-1-975 y 6-10-975.

Artículo 464 C.C. : "La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá rei - vindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella. Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos. En cuanto a las adquiridas en Bolsa, Feria o Mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio".

Artículo 465 C.C. : "Los animales fieros sólo se poseen mientras se hayan en nuestro poder; los do-

mesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos, si conservan la costumbre de volver a casa del poseedor".

Artículo 466 C.C. : "El que recupera, conforme a Derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende, para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio, que la ha disfrutado sin interrupción".

ARTICULOS 464 A 466. POSESION DE BUENA FE  
EN BIENES MUEBLES. EQUIVALE AL TITULO.

"... no lo es que la recurrente tuviera el carácter de poseedora de los muebles en cuestión por el solo hecho de estar empadronada en la habitación en que fueron embargados..., como también en el propio padrón de vecinos figura el deudor - ejecutado en concepto de cabeza de familia, a este último, y no a las personas que con él habitan, favorece la presunción legal de que era poseedor de los muebles que se hallaban dentro de la casa, mientras por otros medios no se demuestre lo contrario..." (S. 13-5-911).

"... solo se justifica que el precitado D. José, en gran parte de ellos, no en todos, figura como cabeza de familia, sin que en tales padrones se exprese nada que pueda enervar la afirmación - del Tribunal "a quo", ni que demuestre que los mencionados muebles y efectos por compra o por cual-



quier otra razón eran de la propiedad del repetido D. José, por lo cual carecen de eficacia para demostrar la evidente equivocación del Juzgador ..." (S. 18-11-926).

"... Por lo tocante a la linotipia que se encuentra en poder de ... con buena fe por parte de ésta, como se establece en la sentencia, hay - que examinar las diversas interpretaciones recibidas por el artículo 464 del Código Civil para optar por la que se estime más conforme a la voluntad del legislador y al espíritu de nuestro Derecho..." (S. 19-6-945).

En el mismo sentido, S. 26-6-946.

El Juzgador reconoce sin duda las diversas interpretaciones dadas al artículo 464 y se otorga a sí mismo la facultad de escoger la más ajustada al espíritu legalista, todo ello según su criterio.

Se observa un chocante cambio de criterio -

entre las sentencias de 13-5-911 y 18-11-926 citadas, ya que si en la primera se supone o presume - al cabeza de familia propietario de los bienes de la casa en que habita, en la segunda se está fuera de dicha presunción. Se observa, pues, la facilidad de cambio de criterio sin base alguna. En todo caso podríamos decir que la segunda es más ajustada a Derecho, ya que no toma en cuenta el hecho simplista de la presunción a ultranza.

Veánse al respecto Ss. 23-3-973 y 12-4-973.

Artículo 667 C.C. : "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama -testamento".

ARTICULO 667. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR ES  
LA SUPREMA LEY EN MATERIA DE SUCESIONES.

"La voluntad del testador, en cuanto no contraría la moral y el Derecho, es la Ley del testamento, y por ella han de resolverse la dudas y litigios que se susciten" (S. 28-4-894).

En el mismo sentido, Ss. de 28-1-896, 3-4-915 y 8-6-918.

"...sin que sea lícito, dados los términos de la disposición legal, establecer diferencias entre las expresadas condiciones para sostener la validez de tales testamentos cuando alguna de ellas faltara, por la mera consideración de que ésta pueda tener en realidad una menor importancia, pues todas las que regulan la expresión de la voluntad del testador hay que estimarlas igualmente esenciales, a tenor de lo prescrito en el Artículo 687. No basta que sea indudablemente conocida la voluntad del testador para que

pueda prevalecer si no resulta expresada en la forma requerida" (S. 12-7-905).

No obstante el carácter de Ley suprema que concede la S. 28-4-894 a la voluntad del testador, esta otra sentencia sujeta dicha voluntad a requisitos formales.

"Es de necesidad imperiosa ordenar y garantizar debidamente acto tan trascendental e importante como es el testamento, del cual nace el derecho hereditario en la sucesión testada, y en el que de manera solemne y definitiva queda manifiesta y expresa nuestra postrera voluntad en orden a establecer y mandar lo que ha de hacerse del todo o parte de nuestros bienes después de la muerte..." (S. 18-11-915).

"... y con sujeción a éste se efectuaron las operaciones particionales del caudal relicto en el año 1919...; que el esposo otorgó otro testamento en el año 1915, por el que revocó y anuló cualquier disposición anterior de su voluntad, y que este último

testamento era conocido de los herederos cuando se practicaron las operaciones particionales... la Sa la sentenciadora no infringió ... pues la voluntad del testador, si bien obliga a los herederos, no - les impide formalizar y suscribir con plena trascen dencia jurídica los convenios que estimen convenien tes a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios" (S. 7-11-935).

Es contraria esta Sentencia a la de 18-11-915 y al principio de que la voluntad del testador es la Ley suprema en materia de sucesiones.

Sobre el alcance de las disposiciones testa mentarias ver Ss. 23-5-970, 23-6-970, 30-4-971, 25-5-971, 9 y 12-6-971, 26-11-973 y 4-11-975.

Artículo 675 C.C. : "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley".

ARTICULO 675. INTERPRETACION SISTEMATICA TE  
NIENDO EN CUENTA EL CONJUNTO ARMONICO DE LAS DISPO  
SIONES.

"Cuando, una vez conocidos los antecedentes del caso, resulta que la voluntad del testador es clara y no da lugar a duda alguna, no hay para qué acudir a innecesarias interpretaciones, ni cabe alegar que debe resolverse aquélla a favor del heredero..." (S. 21-3-893).

Criterio en cierto modo contrario a la sentencia de 7-7-932, atendiendo además a los antecedentes del caso.

Abunda en la doctrina de sentencias anteriores comentadas, reforzándola incluso con la prohibición de interpretación alguna.

En el mismo sentido, Ss. de 27-11-889, 28-1-909, 4-1-889, 11-12-929, 7-7-932, 7-4-934, 8-7-940, 31-5-949, 10-7-954, 12-6-956 y 4-6-959.



"... Esto supuesto, al resolver el Tribunal Sentenciador la duda procurando inspirarse para - ello en el sentido general del testamento con objeto de inquirir la voluntad del testador, no ha cometido infracción de la Ley". (S. 31-1-896).

En contra de la Sentencia de 21-3-893, el Juzgador inquiriere aquí la voluntad del testador, sin - atenerse al sentido literal de su voluntad.

"... a no ser que de una manera evidente aparezca que el testador quiso dar a las palabras por - él usadas significado distinto del que las Leyes atribuyen..." (S. 27-10-903).

Está en contradicción esta sentencia con el - principio arriba señalado, toda vez que, o bien priman las palabras del testador con el sentido que el mismo las haya querido dar, o, por el contrario, prima el sentido que a dichas expresiones les da la Ley. Porque no se puede estar unas veces a una cosa y otras veces a otra, según las circunstancias del caso.

"...y confirmándose más por las condiciones de cultura que han de suponerse en el testador como sacerdote, y por la circunstancia de ser su hermana persona soltera y de edad bastante avanzada, que ya no era posible que tuviera sucesión ....." (S. 30-4-913).

El Juzgador efectúa una interpretación extensiva de la voluntad del testador al admitir los fenómenos sociales de cultura, estado civil y posibilidades de engendrar, sin que los mismos hayan sido aludidos por el testador.

"...sin que nadie tanga derecho a pedirles cuentas, ni a ingerirse en sus actos, ni a oponerse a sus resoluciones... como se inspira no solo en el buen comportamiento que de ellos esperaba, - sino también en el sentimiento de la honradez conocida...En consecuencia, el Tribunal sentenciador, - al sustituir por la claridad evidente de las cláusulas...para suponer que la exención de rendir cuentas fue limitativa y sólo al efecto de no entorpe-

cer y dificultar la gestión con reclamaciones y pleitos, se aparta de la mente de la testadora. ... " (S. 31-3-915).

Corroboración la idea de la interpretación restrictiva de la voluntad del testador, en contra de la sentencia anteriormente comentada.

"Asimismo tiene con repetición sancionada la jurisprudencia, de acuerdo con nuestro Derecho, tanto tradicional como vigente, que si bien en materia de sucesiones debe estimarse que en la palabra "hijos" están comprendidos los nietos, esta regla general deja de tener aplicación cuando éstos aparecen expresamente excluidos por el testador..." (S. 17-5-918).

Se da una contradicción entre la jurisprudencia respetada y la voluntad del testador, pues un principio que se repite en la jurisprudencia no tiene que ser conocido por el testador y, por tanto, la interpretación que se le dé puede ser contraria

a su voluntad; es decir, parece ser que ante la aplicación de este principio, la voluntad del testador queda relegada a segundo término. Se aprecia clarísimamente que un principio jurisprudencial es auténtica Ley, ya que se aplica sin tener en cuenta lo que el propio testador quiere significar.

"... Este Tribunal en repetidas sentencias, y, entre otras, las de 28-5-912, 30-4-913 y 16-7-915, ha recogido la doctrina del Código Civil, deduciendo la voluntad del testador de las palabras, en caso de duda de la intención de éste, y, por último, del contexto de todo el documento...; y como el Tribunal sentenciador ha tenido en cuenta la interpretación gramatical, lógica y sistemática de las cláusulas tercera y cuarta para dictar su fallo, y además los hechos anteriores al otorgamiento del testamento, pues el testador estaba enemistado con sus familiares a causa de un pleito que le habían promovido, y los actos posteriores, por no haber modificado -

el testamento, a pesar de haber sobrevivido bastantes años a su esposa, el Tribunal a quo en su fallo no cometió error de interpretación ni violó preceptos legales, sino que obró con acierto al dictar su resolución" (S. 23-10-925).

Esta sentencia es, por una parte, contraria a la S. de 21-3-893, y, por otra parte, se tiene en cuenta no sólo la voluntad del testador, sino también actos anteriores al otorgamiento del testamento, que no deben afectar al deseo del testador, que posiblemente al otorgar testamento podría haber querido perdonar a sus deudos por los problemas que le ocasionaron.

En el mismo sentido, Ss. de 7-1-928, 30-1-931, 3-6-942, 5-3-944, 4-3-952 y 6-2-958.

Respecto de la interpretación de las disposiciones testamentarias e intención del testador se han pronunciado modernamente las Ss. 23-9-971, 14-10-971, 8-3-972, 10-5-972, 5 y 15-2-973, 24-5-973, 18-4-974, 26-11-974, 7-1-975, 2-10-975 y 4-12-975.

Artículo 695 C.C. : "El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. - Redactado el testamento con arreglo a ella y con - expresión del lugar, año, mes, día y hora de su - otorgamiento, se leerá en alta voz para que el tes- tador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el - testador y los testigos que puedan hacerlo. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego, uno de los testigos ins- trumentales u otra persona, dando fe de ello el No- tario. Lo mismo se hará cuando alguno de los tes- tigos no pueda firmar. El Notario hará siempre - constar que, a su juicio, se halla el testador - con la capacidad legal necesaria para otorgar tes- tamento".

ARTICULO 695. APRECIACION DE CAPACIDAD  
A JUICIO DEL NOTARIO.

"El artículo 695 exige, entre otros requisitos, para la validez del testamento abierto, que el Notario haga siempre constar que a su juicio - se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgarlo, sin que sea necesario, según tiene ya declarado el Tribunal Supremo, que esta importante manifestación del Notario se consigne en párrafo separado y con las palabras precisas e insustituibles de "a su juicio", bastando que de cualquier otro modo o con locución distinta exprese clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal del testador para otorgar testamento. El testamento del pleito contiene... el requisito esencial que exige el último apartado del artículo 695, pues no obstante la evidente incorrección gramatical con que está redactada, claramente se ve que el Notario quiso afirmar, y afirmó, que la testadora se hallaba a

su juicio con la capacidad legal necesaria para testar..." (S. 24-12-896).

En esta sentencia no sólo no se está interpretando gramaticalmente, sino que además el arbitrio judicial va más allá, incluso alcanzando a - terceras personas, como es el Notario en este caso, quien es interpretado de forma extensiva, suponiendo su intención.

En el mismo sentido, S. 6-4-896.

"...Así del texto de los artículos 665 y - 685, como de la doctrina reiteradamente establecida por este Tribunal Supremo, se deduce que, salvo el caso definido en la primera de aquellas disposiciones, corresponde en todos los demás al Notario y a los testigos asegurarse de la capacidad del testador, y al primero, hacer constar si, a - su juicio, concurre tan esencial circunstancia, - de donde lógicamente se infiere que no estando judicialmente declarada la incapacidad de una persona, la aseveración hecha por el Notario de que a



juicio se hallaba en la integridad de sus facultades mentales, sólo puede destruirse por una - prueba evidente y completa en contrario, sin que a la fuerza y eficacia de aquella declaración - pueda bastar el hecho de que innecesariamente requiriese el Notario el dictamen de dos facultativos como medio complementario de asegurarse en - su propio juicio acerca de la capacidad del testador...; la manifestación de los Notarios constituye una presunción de verdad que sólo por prueba en contrario puede desvirtuarse. Esto establecido y siendo un hecho notorio y reconocido en el pleito que... no estaba judicialmente declarada incapaz al otorgar su testamento, la presunción o supuesto de su integridad mental no puede estimarse contradicha por las manifestaciones que en el propio instrumento notarial se consignan por dos Doctores en Medicina, pues si bien en su primer dictamen, inserto a continuación del testamento, y en algunas horas anteriores al acto en que éste aparece otorgado, opinan que la paciente no se encontraba en aquel momento con la capacidad -

mental suficiente para poder testar, hacían constatar la posibilidad de que la recuperase...; y los testigos instrumentales, a los que la Ley atribuye la capacidad del testador..." (S. 22-1-913).

Nos parece exagerado por el juzgador el dar más importancia a opiniones de un profano en medicina, como es un Notario, que al dictamen de dos Doctores en la citada ciencia. Creemos que esta sentencia es un claro exponente del respeto que el propio juzgador siente por la jurisprudencia, dando a la misma la fuerza de fuente del Derecho, pues nos parece ilógica la aseveración aquí vertida.

Sobre el tema ver Ss. 20-4-972, 3-6-972, 11-11-972, 27-2-973, 10-11-973, 21-3-974, 16-5-974, 22-10-974, 20-2-975, 8-3-975 y 16-12-975.

Artículo 1101 C.C. : "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los - que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".

ARTICULO 1101. OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

"El precepto de este artículo regula las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones nacidas de los contratos, por lo que su alcance es distinto del contenido en el artículo 1902..." (S. 2-3-904).

"... Ni por el texto del artículo 1101 ni por la sentencia citada (13-6-903), que lo interpreta, - puede sostenerse que sus preceptos sean aplicables - solamente a las obligaciones contractuales, ya que - se refieren a todas las obligaciones sin distinguir su origen..." (S. 5-1-949).

En el mismo sentido, Ss. 14-12-894 y 30-12-924.

Se observa claramente en esta sentencia respecto de la de 2-3-904 citada el cambio de criterio, - ya que en la primera se ve una interpretación restrictiva, en tanto que en la segunda se amplía el campo

de acción del artículo 1101 que se comenta.

"...Con aplicación de esta doctrina al recurso es manifiesta su infracción por la Sala, y con ella de los artículos citados en el motivo, que debe estimarse, puesto que no admite la certeza de los contratos de compraventa de la mercancía que en la demanda alegó el actor tener concertados con otras personas en mayor precio que el estipulado en el rescindido por la falta de entrega en tiempo, sin que por otra parte aparezca de la sentencia declaración expresiva y adecuada de la existencia de los perjuicios a que condena, y circunstancias que los ocasionaron, como es necesario para poder exigirlos, limitándose a hacer supuestos que integran doctrina que vulnera la jurisprudencia antes expuesta"(S.2-7-926).

El Tribunal de última instancia no admite al Tribunal inferior la interpretación extensiva ni que se limite a hacer simples referencias a supuestos jurisprudenciales precedentes, pues ello podría vulnerar la propia jurisprudencia en su condición de fuente.

"... como tiene declarado la doctrina jurisprudencial, el incumplimiento por sí solo ni implica ni supone la existencia del perjuicio (Ss. de 9-1-897, 17-3-910 y 17-2-921), y como expresa la de 19-2-904, perdería la indemnización su natural carácter, adquiriendo el de una sanción penal, y en este caso es indudable que la indemnización se concede sobre bases inciertas, olvidando que la jurisprudencia y la aplicación de los preceptos citados se inspira en un criterio restrictivo..." (S. 24-1-959).

Se observa aquí claramente la fuerza de fuente que se dá a la jurisprudencia, dado el hecho de no admisión de recurso por no haberse tenido en cuenta, a criterio del pagador, la doctrina de la misma.

"La responsabilidad consagrada en los artículos 1100 y 1101 sólo puede exigirse cuando se demuestra la posibilidad material de cumplir con racional diligencia la obligación de que pretende derivarse aquélla como expresamente se consigna en el artículo 1104" (S. 11-3-904).

Aparece aquí el fenómeno del subjetivismo, y con ello entrará en juego el arbitrio judicial, ya que la apreciación de la "racional diligencia" es un concepto muy amplio sin posibilidad de límite alguno legal.

"... pues alega que el fundamento de esa condena que expresa el considerando cuarto de la Sala de que "desde luego y sin necesidad de prueba alguna para justificarlos puede asegurarse que los lleva consigo la completa paralización de la fábrica"...; pero esta doctrina, que es exacta, no es de aplicación tan absoluta que en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzcan necesaria y fatalmente la existencia del daño sea preciso acreditar su realidad...; le produjo un daño emergente que no necesita para su estimación una prueba concreta..." (S. 2-4-960).

Se observa su contrariedad con la S. 7-12-896, que declara que debe considerarse la existencia de los perjuicios.

"Una reiterada doctrina tiene declarado que la base de la indemnización que concede este artículo y el 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales tienen - que probarse en Autos, pues no basta admitir que haya existido ese incumplimiento, ya que no siempre éste ocasiona perjuicios, S. 1-2-951, que hace referencia a las de 23-3-946 y 24-12-947, reiterada por las de 17-2-951, 9-1 y 14-10-952, entre otras muchas, sentando la misma doctrina la de 24-10-953..., pues es claro que no puede admitirse que siempre la explotación de un espectáculo público ha de producir beneficios y no, por el contrario, originar pérdidas..." (S. 6-5-960).

En el mismo sentido, Ss. 28-11-929 y 10-4-954.

Criterio contrario a S. 2-4-960 anteriormente citada, la que, aun admitiendo la doctrina del petitum de los perjuicios, no la considera tan absoluta que sea aplicable a todos los casos, pues el me-



ro hecho de que se deduzcan los mismos ya es suficiente, sin que sea preciso acreditar su realidad.

Finalmente, el resarcimiento de los daños y perjuicios en el cumplimiento de las obligaciones ha sido tratado modernamente en las Ss. de 12-6- - 970, 5 y 13-3-971, 13-4-971, 17-5-971, 5-7-971, - 20-12-971, 15, 25 y 27-3-972, 7 y 12-4-972, 4 y 24-5-972, 20-10-972, 8-1-973, 6 y 7-2-973, 3 y 28-3-973, 19-5-973, 20-6-973, 13-7-973, 5-2-974, 19-4-974, 17-10-974, 15-4-975, 9-6-975 y 19-12-975.

Artículo 1103 C.C. : "La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos".

ARTICULO 1103. MODERACION POR LOS TRIBUNALES.

" ...no hizo más que usar de la facultad discrecional que confiere a los Tribunales el artículo 1103 y reconoce la S. de 29-5-897, de moderar, según los casos, la responsabilidad procedente de la negligencia, facultad que, dado su carácter, no requiere para ejercitarse petición concreta de las partes, bastando sólo que se solicite indemnización de daños y perjuicios por culpa o negligencia, ni la moderación acordada en virtud de tal facultad es susceptible de casación, por no estar sujeta a reglas y sí al prudente arbitrio de los Tribunales" (S. 14-5-920).

Es esta sentencia un exponente claro de la institucionalización del arbitrio judicial y de la fuerza de fuente del Derecho del mismo.

"Según reiterada jurisprudencia del Tribu-

nal Supremo, la determinación de si respecto de un contrato hubo en alguna de las partes buena o mala fe al incumplir una obligación, y lo referente a la moderación de la responsabilidad, con sujeción al artículo 1103, pertenece a los de Instancia, y tales decisiones sólo pueden ser combatidas en casación en forma procesal - adecuada..., se incumplió por ésta, irrogando perjuicios a aquél, porque le impidió el uso - y disfrute de la finca arrendada..."(S.9-3-928).

Es totalmente contraria esta sentencia a la de 14-5-920, que dice que la moderación hecha por los Tribunales no es susceptible de casación.

"La facultad moderativa de la responsabilidad en que incurren quienes por negligencia incumplen sus obligaciones no es ejercicio arbitrario ni discrecional en absoluto, en cuanto el propio precepto expresa que habrá de hacerse uso de ella según los casos, esto es atendidas las circunstancias y normas legales que los afectan..."

De una parte, esta sentencia mantiene criterio contrario al de la S. 14-5-920 citada, ya que aquí parece no admitirse el arbitrio judicial; pero, de otra parte, se está atribuyendo dicho arbitrio al decir que habrán de atenderse las circunstancias. Es decir, parece ser que el propio Juzgador pone un freno al uso del arbitrio.

La apreciación de la responsabilidad a que alude el artículo tratado se ve reflejada en la - Ss. de 5-2-975.

Artículo 1105 C.C. : "Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".

ARTICULO 1105. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.

"... porque si las fachadas de las casas que daban entrada al teatro se derribaron fue por orden del Ayuntamiento a causa de su estado ruinoso ...." (S. 12-3-889).

Desde nuestro punto de vista, el estado ruinoso es hecho previsible, y, sin embargo, la Sentencia lo considera como fuerza mayor en su argumentación del fallo.

"... Es doctrina reiterada : que la apreciación de la prueba es de la exclusiva competencia - del Tribunal sentenciador; que el caso fortuito y - fuerza mayor en el incumplimiento de las obligaciones..., existe desde el momento en que un acontecimiento no dependiente del hecho del deudor, no previsible, o al menos, inevitable, por efecto necesario del cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obliga-

ción, y que en este caso nadie responde de aquellos sucesos, que no pudieron evitarse; que esta fuerza mayor hay que estudiarla en cada caso concreto, por no poderse admitir una teoría unitaria ...; teniendo en cuenta la teoría subjetiva demandada de los hechos para sacar la conclusión de si podían o no ser evitados los efectos dañosos...., o la teoría subjetiva de ser un suceso que se ha originado fuera del círculo industrial de una empresa..." (S. 2-2-926).

En la primera de las sentencias citadas se tiene en cuenta la situación objetiva de la cosa, cuando en la segunda se amplía al tener en cuenta también los elementos subjetivos del asunto, pasando, pues, de una interpretación cerrada a otra más atenta a otros requisitos.

"No se infringen los artículos 1105 y 1124. ...; y comoquiera que en tales fechas salieron en efecto de Hamburgo dos remesas, cuando aún no se había declarado la actual guerra europea, suceso



imprevisto e inevitable para los contratantes..."  
(S. 20-1-917).

"La sentencia recurrida declara que ni la guerra europea ni la depreciación del mineral - pueden estimarse como determinantes del caso de fuerza mayor que impidiera al demandado cumplir el contrato a que se refiere la presente litis. ..., ya que como documentos y actos auténticos se citan los mismos que fundamentan al fallo, y muy especialmente al contrato que la Sala tuvo en cuenta para estimar improcedente la rescisión y terminación de dicho contrato" (S. 12-12-921).

Esta sentencia es contraria a la anterior comentada de 20-1-917, ya que mientras la primera considera al fenómeno tan importante como es la - segunda guerra mundial, como caso de fuerza mayor, en esta segunda no se le da a este fenómeno tal consideración, cuya única explicación podría ser precisamente que entre las dos sentencias existe una diferencia de cuatro años, lo que demuestra -

que los efectos están en la segunda de las comentadas más aminorados que en la primera cuando la guerra está aún en su apogeo.

"La actuación del patrono de despedir sin previo aviso a los obreros no puede generar en aquél el deber legal de indemnizarles daños y perjuicios, ya que en el incumplimiento de los respectivos contratos (motivado por falta de capital para seguir explotando el negocio) ha procedido sin dolo, negligencia ni morosidad, sin que, por tanto, le sean imputables sucesos que en el orden contingente de los negocios mercantiles no es fácil prever, y que, aun alguna vez previstos en principio, resultan, en rigor, inevitables" (S. 15-1-924).

"... ya que dentro de la definición que el artículo 1105 del Código Civil citado da a la fuerza mayor para que un suceso tenga tal eficacia exculpadora precisan dos circunstancias : que no haya podido preverse, o que, previsto, fuera inevitable, ninguna de las cuales concurren en el caso de autos,

y la falta de medios económicos jamás se ha tenido como suceso inevitable que exonere al deudor de la responsabilidad inherente al cumplimiento de sus obligaciones" (S. 23-3-926).

Sentencia contraria a la anterior comentada de 15-1-924, en la que la falta de capital - puede considerarse como fuerza mayor y exonera - de responsabilidad, sin tener en cuenta en este caso las posibles responsabilidades subjetivas - del comerciante, atendiendo sólo al hecho objetivo de la falta de capital.

"La Sala, en cuanto a la causa del desca  
rrilamiento..., no ha desconocido el hecho de que  
el eje cuya rotura motivó el suceso reunía las -  
condiciones necesarias de solidez, sin señal de de  
formación ni otra alguna que permitiera presagiar  
el accidente..., sino que aquel Tribunal..., sin  
embargo de asentir a tal hecho, lo que no admitió  
fue la deducción, desde luego pericial, de que, -  
quedando desconocidos los motivos de la fractura-

ción del eje en cuestión, quedase, por ende, demos-  
trada la irresponsabilidad de la Empresa porteador-  
ra; por lo cual..., los documentos que se invocan -  
para afirmar el error base del recurso carecen de  
virtualidad para justificar por su solo contenido -  
la equivocación que en grado de evidencia se atribuy  
ye al Tribunal "a quo", en cuanto no estimó la calif  
ficación de fortuito en el caso discutido....."  
(S. 2-1-926).

"Es de aplicación pertinente este artículo,  
ya que la rotura de los frenos, sin culpa del con-  
ductor, es un hecho de carácter fortuito"(S.30-1-951).

Es curiosa la comparación de estas dos últimas  
sentencias, ya que la rotura de un material podría -  
ser en todo caso imputable al fabricante del mismo,  
pero de ninguna forma a su usuario, como reconoce la  
segunda sentencia, sin observarlo la primera.

"La alegación fundamental fue que la causa -  
del incumplimiento del contrato de compraventa de -

madera discutido había sido la fuerza mayor provocada por las decisiones administrativas sobre el comercio de la madera y la negativa de la Jefatura del Distrito Forestal a autorizar el contrato, rebatiendo tales alegaciones de la Sala de Instancia ..., es conocido el criterio jurisprudencial que enseña que si bien la declaración de la existencia o inexistencia de fuerza mayor constituye una deducción jurídica, no lo es el examen y valoración de los hechos que han servido al Juzgador de premisas para aquella deducción..." (S. 10-2-956).

"...como la prueba de los perjuicios a que aluden los artículos 1101 y 1106 es de libre apreciación del Tribunal sentenciador..."(S. 12-3-956).

Comparada con la sentencia citada anteriormente, es curioso observar que mientras la primera concede a la apreciación de la existencia o no de fuerza mayor el carácter de deducción jurídica, y no al examen y valoración de los hechos, la segunda, en una exaltación del arbitrio judicial, inclu

ye también el examen y valoración de los hechos solamente a la esfera de la libre apreciación del Tribunal.

Deseamos destacar la gran importancia de este artículo 1105 comentado, que nos demuestra la existencia y aplicación real del arbitrio judicial, el cambio de criterio en la interpretación, y, finalmente, la atención a los diversos fenómenos sociales que entran en juego en las diversas sentencias citadas.

Sobre el tema ver las Ss. 28-1-970, 5-10-970 y 10-2-975.

Artículo 1106 C.C. : "La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

ARTICULO 1106. LA APRECIACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS Y DETERMINACION DE SU CUANTIA COMPETEN AL TRIBUNAL "A QUO", DAÑO MORAL.

"Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, las relativas a indemnización por daños y perjuicios y determinación de su cuantía dentro de lo pedido, como cuestiones de hecho una y otra, son de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador, y por ello el ejercicio de semejante facultad discrecional..., no puede impugnarse en casación, ya que su cuantía no está sujeta a reglas y sí al prudente arbitrio del Tribunal «a quo», único competente para calificar y apreciar las pruebas, ajustando al resultado de ellas el ejercicio de la expresada facultad de que se halla asistido"(S. 11-6-923).

"El aspecto de la cuestión que se plantea es el que atañe a la cuantía de la indemnización a satisfacer en concepto de reparación del daño -



causado..., y si bien es cierto que el artículo 1106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios cuando éstos tienen una realidad apreciable de modo material y tangible, no lo es menos que hay otros casos en que esa apreciación material es de todo punto imposible, como sucede cuando de la vida o del honor se trata, y en ellos la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala que en estos casos corresponde al Tribunal sentenciador fijar de modo prudencial el importe de aquéllos atendiendo a las circunstancias de la persona ofendida, su edad, su posición social, etc....." (S. 19-5-934).

Se observa en estas dos sentencias la importancia de las resoluciones del Tribunal Supremo, las facultades discrecionales de los Tribunales y, finalmente, la atención que se presta a las circunstancias que rodean a la persona (edad, posición social, etc.).

"... como en el caso de referencia, atropello causado por un automóvil que ocasionó la muerte a una persona. En cambio, y siendo uno de los fundamentos de la absolución de la demanda, "no es estimable... el perjuicio que pueda sufrir un padre que... tenía 52 años al ocurrir el hecho por la falta de ayuda económica de su hijo...; no puede menos de reputarse infringida la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida en sentencias de 19-5-934, 2-2-940 y 24-12-941, entre otras, según la cual, en el caso de ofensas al honor o a la vida, la valoración de los daños corresponde hacerla al Juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para la denegación de la indemnización su falta de determinación pecuniaria, desconociendo el evidente perjuicio que experimentó un padre por la pérdida de su hijo menor de edad, y la exigencia ética y jurídica de la reparación si en la producción del evento intervinieron culpa o negligencia"(S. 24-5-947).

"... y habida cuenta de que el concepto de

daño moral, y tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos, que son los más estimados y - por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que el no ser evaluables dinerariamente para resarcimiento del mal - sufrido, cuando son alterados imposible de lograr - íntegramente deben, sin embargo, ser indemnizados discrecionalmente, en función del artículo 1902, como compensación a los sufrimientos del perjudicado; luego es evidente que haciendo aplicación de tal - doctrina al caso de autos y declarando probado en la sentencia penal que el recurrente utilizó maquinaciones fraudulentas para obtener el desahucio de referencia por impago de rentas y en la sentencia de instancia ello origina perjuicios al demandante en la estimación pública al ser considerado como -

mal pagador al punto de ser lanzado por esa causa de su vivienda, lo que afecta al buen crédito de la persona, declaración no combatida en forma, por lo que debe estimarse el daño moral" (S. 28-2-959).

Son estas dos últimas sentencias un claro exponente de la necesidad del Juzgador de salir - del estricto campo legal positivo, para remontarse a cotas y conceptos metafísicos.

Abordan lo tratado en este artículo las - modernas Ss. de 5-2-970, 5 y 22-2-971, 30-4-971, 26-5-971, 19 y 28-2-972, 10-10-972, 27-1-973, 4-5-973 y 16-5-975.

Artículo 1124 C.C. : "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las -  
recíprocas, para el caso de que uno de los obligados  
no cumpliera con lo que le incumbe. El perjudicado  
podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la re-  
solución de la obligación, con el resarcimiento de  
daños y abono de intereses en ambos casos. También  
podrá pedir la resolución, aun después de haber op-  
tado por el cumplimiento, cuando éste resultare im-  
posible. El Tribunal decretará la resolución que -  
se reclame, al no haber causas justificadas que le  
autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin  
perjuicio de los derechos de terceros adquirentes,  
con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y las dispo-  
siciones de la Ley Hipotecaria".

ARTICULO 1124. LA APRECIACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS INCUMBE A LA SALA SENTENCIADORA.

"No infringe el artículo 1256 en relación con los 1091 y 1124, porque si bien el cumplimiento de los contratos no debe dejarse al arbitrio - de uno de los contratistas, y su rescisión, en caso de faltar cualquiera de ellos a las obligaciones contraídas, ha de ser decretada por el Tribunal a instancia de la parte que cumplió con las - suyas..." (S. 11-12-911).

Contradice esta sentencia el párrafo primero del artículo 1124, que dice : "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita - en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe". Se trata, pues, de una sentencia "contra legem".

"La existencia de los perjuicios no es consecuencia forzosa del incumplimiento de la obliga

ción, y la apreciación de la prueba referente a ellos es de la competencia de la Sala"(S.2-3-922).

Sentencia esta contraria a la de 24-2-890, que dice: "No probándose los perjuicios que en general se reclaman provengan de la parte demandada ni cuáles ni qué cantidad sean, la sentencia - absolutoria no infringe la doctrina de que el incumplimiento de todo contrato lleva consigo el resarcimiento de perjuicios causados por la parte - que hubiera faltado al mismo.

"Es doctrina sancionada por la jurisprudencia que el mero incumplimiento de las obligaciones contractuales no lleva aneja la indemnización de daños y perjuicios, sino que es necesaria la justificación, no sólo de su realidad, sino además la relación directa en su caso con el hecho que los origina..." (S. 19-12-930).

La sentencia de 28-1-961 dice que : "No requiere para la declaración de daños base de hecho alguno".

"El concepto jurídico de las arras tiene distintos matices, según ya tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencia 16-1-933, ya que puede ser considerado como prenda o señal de la intención de los contratantes de consumir un contrato proyectado, ya como signo ostensible o prueba de su perfección, para no dejar lugar al arrepentimiento de ninguna de las partes, si bien como cláusula penal para indemnizar el daño sufrido del contratante que cumplió sus obligaciones frente al que no las cumplió; y como el Tribunal de Instancia, teniendo en cuenta el contrato de Autos, que interpreta en uso de su soberanía, estima que el pacto tercero contiene una cláusula penal, y por ello aplica no solamente el artículo 1454, sino también el 1152 y el 1124, es evidente que no ha incurrido en infracción por cuanto al condenar al comprador a la pérdida de las... entregadas como arras, lo hizo como indemnización de daños por haber incumplido la obligación de pagar el precio en el plazo estipulado" (S. 8-7-933).

"... que incidió en error la sentencia recurrida al dar acogida a la pretensión de resarcimien-



to de daños y perjuicios que no se habían probado" (S. 17-11-954).

Contradice en cierto modo el principio de que la apreciación de los daños incumbe a la Sala sentenciadora.

"... como en el caso sucede al accionante de resolución, entregó a quien con él contrató un capital que en poder de aquél pudo haberle proporcionado un interés cuando menos igual al que se manda abonarle...; indudable es que el lucro del capital del accionante se ha visto menguado sin la reciprocidad obligacional que incumbía a su contratante, lo que no requería para su declaración base de hecho alguno, sobre la que pudiera descansar ninguna prueba..." (S. 28-1-961).

La sentencia de 28-1-919 afirma : "sino las que el Tribunal sentenciador reputó probadas..." . Igualmente la sentencia 19-12-930 afirma que es necesaria la justificación de daños y perjuicios, mientras que ésta no requiere base de hecho alguno.

Sobre lo tratado ver Ss. 30-6-972 y 5-7-972.

Artículo 1137 C.C. : "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba pres - tar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expres - mente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria".

ARTICULO 1137. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS  
Y SOLIDARIAS. DOCTRINA GENERAL : SOLIDARIDAD AC-  
TIVA Y PASIVA.

"... aunque no se expresara que se hacía so-  
lidaria con su hijo en el pago, no puede aceptarse  
como pretende el recurrente que el Tribunal de ins-  
tancia infringiera los artículos 1137 y 1138, ya que  
en la jurisprudencia está reconocido que la solida-  
ridad existe cuando de la relación jurídica en que  
las obligaciones se crea aparece la voluntad de las  
partes de pagar íntegramente lo debido, cual así  
consta del contrato de autos" (S. 11-3-931).

En el mismo sentido, sentencia 19-2-959.

"... que ha sido confirmado por una reitera-  
da jurisprudencia, de que la solidaridad no se pre-  
sume, lo que quiere decir que ha de hallarse pactada  
de manera expresa por los contratantes al amparo -  
de algún precepto legal ...; sin que nada signifique

de contrario el que en éste no aparezca la intervención ni firma de la tercera persona determinada, puesto que si, como en la sentencia recurrida se entiende, afirma y declara que éste fue quien realmente contrató e intervino como directo interesado..."(S.26-4-940).

En el mismo sentido, sentencias de 4-7-918 y 8-10-927.

La sentencia transcrita es contraria a la de 11-3-931 citada, ya que en ésta se reconoce expresamente el valor de la jurisprudencia por encima de la misma Ley, mientras que en la segunda se hace necesaria la expresa declaración solidaria amparada en precepto legal. Podríamos decir que si la primera de ellas es un canto a la libertad del juzgador, la segunda es todo lo contrario, o sea, un freno a esa arbitrariedad.

Vease sobre las obligaciones solidarias las Ss. de 7-1-970, 20-2-970, 15-4-971, 3-6-971, 7-12-971, - 20-1-972, 15-3-972, 30-3-973, 14-5-973, 27-10-973, - 18-4-974, 28-6-974, 10-11-975, 18-11-975 y 10-12-975.

Artículo 1154 C.C. : "El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

ARTICULO 1154. EL JUICIO DE EQUIDAD DEL TRIBUNAL "A QUO" PARA MODERAR LA PENA NO ES REVISABLE EN CASACION.

"Las reglas de equidad en que se halla esencialmente basado este artículo y el principio del Derecho que exige la restricción en todo lo que pueda resultar perjuicio, no permiten que se separen los términos de un contrato para el objeto de agravar una condena..." (S. 22-12-908).

"... la prevención establecida en el artículo 1154 que permite al Juez modificar equitativamente la pena establecida en el contrato; cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por ellos dos, sería necesario que al hacer esta apreciación no fuera facultad exclusiva del Tribunal de Instancia e irrevisable en casación, como se tiene declarado por este Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre ellas, en las de 8 y 30-1-932 y 17-5-934" (S. 11-3-957).

Una vez más el legislador conjuga el concepto estricto legal con reglas externas a la Ley positiva misma, dando entrada en ella a conceptos amplios filosóficos y espirituales como son la equidad, etc., y además concede amplia facultad a los Tribunales para su aplicación, hasta el extremo de prohibir la casación de las resoluciones basadas en los citados - conceptos.

Artículo 1214 C.C. : "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción, al que la opone".



ARTICULO 1214. LA APRECIACION DE PRUEBA ES FACULTAD DE LA SALA SENTENCIADORA.

"Las reglas de la sana crítica no están determinadas por la Ley ni por la jurisprudencia" - (S. 15-10-907).

"Se pretende justificar que la Sala de instancia "está obligada" a apreciar la prueba en conjunto, que es, después de todo, lo que hizo, cuando es lo cierto que esa apreciación constituye una facultad cuyos límites, extensión y alcance dependen en todo caso del número, naturaleza, valor y - recíproca dependencia de los medios probatorios - puestos en juego" (S. 20-2-945).

La primera de las dos sentencias comentadas es el reconocimiento del arbitrio judicial llevado al máximo, ya que entiende que el mismo no queda fijado a regla alguna, mientras que en la segunda, aunque reconoce el principio de la libre aprecia-

ción de la prueba por el Tribunal "a quo", llega -  
aún más lejos al observar que esta libre apreciación  
o arbitrio judicial ha de estar sujeta a las circuns-  
tancias de la prueba presentada en cada caso.

La apreciación de la prueba por los Tribuna-  
les ha sido tratada, entre otras, en las modernas -  
Ss. de 4 y 9-2-970, 7-3-970, 16-4-970, 10-12-970, -  
30-1-971, 10, 12 y 17-2-971, 2-6-971, 14-10-971, -  
15-11-971, 22-12-971, 21-1-972, 8-3-972, 17-4-972,  
15-1-973, 9 y 10-2-973, 20-3-973, 12-4-973, 28-5-973,  
2-4-974, 26-6-974, 12-11-974, 27 y 31-1-975, 4-4-975,  
17-6-975 y 18-12-975.

Artículo 1249 C.C. : "Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado".

ARTICULO 1249. PRESUNCIONES.

"... Que el hecho esté completamente acreditado, pues en otro caso la presunción sería gratuita y arbitraria. Que exista entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; y en el caso la primera parte de la presunción está probada..., pero ni se ha acreditado ni intentado - acreditar la segunda parte... Es jurisprudencia reiterada y uniforme de este Tribunal que para apreciar la relación o enlace de los hechos hay que seguir - el criterio humano, o sea, la recta razón, y que esta apreciación es de los Tribunales de justicia, - que al estudiar las pruebas suministradas forman el criterio racional" (S. 30-9-926).

"... ni distintas son tampoco las normas legales y lógicas de apreciación de esos medios para llegar a la certeza moral..." (S. 6-5-950).

"... a cuya apreciación no puede sobreponer-

se la del recurrente ni aun la de esta misma Sala, -  
cualquiera que fuera el criterio que le merezca la -  
apreciación probatoria de la instancia" (S.24-4-959).

En estas tres sentencias del campo de las pre  
sunciones observamos el terreno movedizo en que se -  
desenvuelve el juzgador, viéndose obligado al uso de  
palabras "biensonantes" para ocultar lo que en el -  
fondo es un verdadero arbitrio judicial, como, por -  
ejemplo, "el criterio humano, o sea, la recta razón",  
"certeza moral", etc. Tal es el valor del arbitrio -  
judicial que en la última sentencia citada vemos que  
el Tribunal Supremo no puede sobreponerse a las decisi  
siones del Tribunal "a quo".

"... ya que la deducción no se halla sujeta a  
regla concreta, sino a las indeterminadas, siquiera  
sean racionales, del criterio humano..." (S.28-10-920).

"... da por probados determinados hechos de -  
los cuales se deduce que en el mes de Septiembre de

1939 se celebró un contrato verbal de sociedad..., es decir que la Sala llega a tales conclusiones utilizando la prueba de presunciones, sobre la cual la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que su estimación incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador;... ya que la deducción - que de ellos derive es de la apreciación de dicho Tribunal, con la única limitación de que no resulte contraria a las indeterminadas reglas del criterio humano por ser absurda, ilógica e inverosímil"(S.17-2-951)

" ... pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugne la existencia y realidad del hecho - base, o cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda. ilógica e inverosímil" (S. 27-6-956).

Estas tres últimas sentencias dicen expresamente que las presunciones están sujetas a las reglas indeterminadas. ¿No habrá querido decir el juzgador: a las reglas de su propio criterio?.

Sobre el tema ver Ss. 4,13 y 17-6-970,16-2-971, 13-3-971,4-5-971,17-1-972,10-2-972,18-4-972,7-6-972, - 27-1-973,9-4-973,23-11-973,18-1-974,19-11-974,31-3-975 y 25-9-975.

Artículo 1251 C.C. : "Las presunciones establecidas por la Ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba. Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sen - tencia ganada en juicio de revisión".

ARTICULO 1251. RESOLUCIONES DE JUEZ AL  
SERVICIO DE GOBIERNO MARXISTA.

"Declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 29-4-946 que las resoluciones dictadas por los jueces al servicio del titulado Gobierno marxista se encuentran comprendidas en el ámbito del artículo 1º de la Ley de 8-5-939, que priva a aquéllas, cualquiera que sea su clase, del carácter de firmes, estableciendo igualmente que no producirán los efectos de la cosa juzgada ni la excepción que la protege" (S. 7-11-950).

Esta sentencia sería por sí sola materia de una tesis doctoral, ya que al estudiar la actuación judicial de la época que se considera bajo el Gobierno marxista, encontraríamos infinidad de sentencias que tratarían de asuntos puramente civiles sin implicaciones políticas, que deberían de ser cosa juzgada, pues seguir lo dicho por esta sentencia crearía infinidad de situaciones injustas, contrarias a to-



do el ideal de justicia.

Es, pues, esta sentencia un exponente clarísimo de la influencia de los fenómenos sociales como elementos que integran la Ley, pudiendo resaltar - como fenómenos implícitos : el cambio político, el optimismo del vencedor, el desprecio del vencido y, en consecuencia, todo el ordenamiento jurídico existente en esa época.

Artículo 1252 C.C. : "Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. En las cuestiones relativas al estado ci-vil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de la cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado. Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas".

ARTICULO 1252. DIFERENCIA ENTRE LA COSA  
JUZGADA EN SENTIDO MATERIAL Y EN SENTIDO FORMAL.

"La fuerza liberatoria de la presunción de cosa juzgada, que ha llegado no sólo a calificarse de santidad, sino a concedérsele mayor valor que a la Ley misma, y hasta permitir su examen - en forma de incidente..." (S. 18-5-928).

Vuelve el Juzgador a utilizar palabras tan rimbombantes como "santidad de la cosa juzgada", "mayor valor que la Ley misma", con lo que está - dando a la sentencia que reconoce la cosa juzgada el valor de fuente primerísima de Derecho.

"... lo que hace preciso realizar un juicio comparativo entre las acciones ejercitadas en ambos procedimientos en orden a estas identidades. ..., que la denominación distinta de la acción - ejercitada no puede desnaturalizar la identidad - de causa de pedir y la calidad con que lo sea... Asimismo tiene declarado la Jurisprudencia (S. de

7-2-881) que cuando la cuestión es la misma, idéntica la causa de pedir, los fundamentos o títulos en que se apoyan las respectivas pretensiones y - la condición de las personas con relación a estos títulos, obsta la cosa juzgada, aunque las personas no sean físicamente las mismas y aun cuando - se invoca contra aquéllas que no litigaron en el pleito anterior, doctrina que rectifica las Ss. - de 15-2-921 y 8-7-927..." (S. 2-11-960).

Demuestra una vez más el carácter vinculante de una sola sentencia y, por tanto, de la jurisprudencia "basada no en más de una sentencia", al fundamentarse esta que se comenta en otra de 1881, es decir, de casi un siglo atrás.

Abordan el tema de la cosa juzgada modernamente las Ss. 20-6-970, 5-10-970, 18-11-970, 26-11-970, 20-1-971, 20-4-971, 14-5-971, 26-10-971, 4-2-972, 19-4-972, 16-6-972, 8-1-973, 9-3-973, 22-7-973, 1-2-974, 27-2-974, 21-10-974, 23-1-975 y 20-12-975.

Artículo 1255 C.C. : "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral, ni al orden público".

ARTICULO 1255. LIBERTAD DE LAS CONVENCIONES.

"No obstante hallarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo apoyada en un estudio profundo de nuestra legislación, así tradicional como vigente, es lo cierto que por atribuir, como con demasiada frecuencia se atribuye, al artículo 1255 un sentido más recto... Para no permanecer fiel a lo que - entre la Sociedad y la recurrente se convino vale poco decir que cuando se celebraron los contratos discutidos se hizo traición a la Ley, a la moral y al orden público, porque a ese efecto es siempre - inexcusable que con razonamientos jurídicos y concluyentes se evidencia que el Tribunal sentenciador, interpretando las cláusulas impugnadas de nulidad, olvidó la equidad, que es compañera inseparable de la justicia, al extremo de caer en error sustancial al inferir las consecuencias que en su decisión establece, del mismo modo que, sin una - demostración cumplida, es de suyo peligroso calificar de dolosos hechos capaces de turbar la inteli-

gencia y la voluntad de quienes a lo pactado pres  
taron su consentimiento..." (S. 5-2-914).

Como vemos, el Tribunal superior amonesta  
al inferior por no haber tenido en cuenta la equi-  
dad, dando a la misma fuerza de Ley al asegurar -  
ser compañera inseparable de la justicia.

"El principio de la autonomía de la volun-  
tad preside la contratación en nuestro Código Ci-  
vil, pero no de modo absoluto, puesto que, no obs-  
tante su sentido marcadamente individualista, res-  
tringe la libertad de pactos mediante normas impe-  
rativas o prohibitivas que cercenan o anulan la -  
contratación, según estatuyen genéricamente los -  
artículos 1116 y 1255, y si desde el Código Civil  
se pasa revista a la legislación posterior, pron-  
to se advierte que la evolución jurídica camina -  
decididamente hacia una infiltración cada vez ma-  
yor de elementos éticos y sociales de tono impera-  
tivo que de modo en general absoluto disciplinan -  
las relaciones de Derecho privado, imprimiéndolas

carácter público a expensas del principio de autonomía de la voluntad, que de esta suerte va perdiendo volumen en su clásica y amplia esfera de acción" (S. 2-4-946).

Se observa en esta sentencia un reconocimiento clarísimo de los fenómenos sociales, hasta el punto de darles la fuerza de imperativos.

Moderna jurisprudencia sobre el tema tratado en las Ss. de 13 y 15-4-971, 11-5-971, 14-6-971, 9-10-971 y 30-11-971.



Artículo 1258 C.C. : "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la Ley".

ARTICULO 1258. CLAUSULA"REBUS SIC STANTIBUS".

"La revisión contractual en virtud de la -  
cláusula "rebus sic stantibus", con franca acogida  
en algunas legislaciones modernas... no tiene por  
el momento categoría de principio en el Derecho pa-  
trio, salvo en casos especialísimos contemplados por  
el legislador, aunque se intenta ya por la doctrina  
científica apoyarla en algunas normas aisladas del  
Código Civil (artículos 1258 y 1289 especialmente),  
pues inspirado nuestro ordenamiento en las ideas -  
dominantes en la época de su elaboración, de predo-  
minio individualista, patrocina la exigencia de es-  
tar a lo pactado con libertad de volición y dentro  
de lo lícito,... sin que esto quiera decir que los  
Tribunales tengan absolutamente cerrado el camino  
para sus construcciones jurisprudenciales en el -  
campo de la interpretación de los negocios jurídicos  
y del Derecho aplicable, a fin de llenar posibles  
lagunas y conciliar antinomias no percibidas con -  
la necesaria claridad por el órgano legislativo y

por las partes al ordenarse en el contenido de sus pactos" (S. 21-10-958).

"Frente al principio tradicional clásico - pacta sunt servanda y la no revisibilidad de las obligaciones,... ha obrado la moderna doctrina resucitando la cláusula romana rebus sic stantibus - sus teorías de estabilización tendentes a corregir y compensar las grandes diferencias que la inestabilidad de los cambios y las intensas fluctuaciones de las monedas... originan en los negocios jurídicos...; lo cierto y positivo es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido suavizando tales diferencias...; las circunstancias políticas y sociales en que las diversas disposiciones se han dictado en la materia....; la cláusula rebus sic stantibus no está legalmente reconocida...; de cuyo exámen conjunto se desprende que la cláusula en cuestión puede ser declarada y admitida por los Tribunales con gran cautela por la peligrosidad que encierra el presente,... por lo cual la jurisprudencia viene limitando su aplicación y constriniendo sus efectos mediante la exigencia de una -

serie de circunstancias y requisitos excepcionales en cada caso concreto..." (S. 6-6-959).

En el mismo sentido, S. 17-5-957.

La idea de la cláusula de estabilización, influida por el fenómeno social del aumento del - coste de la vida, se abre paso como vemos a pesar de no estar recogida en el ordenamiento jurídico, teniéndola, no obstante, muy en cuenta para la resolución del caso. Se trata, pues, de un fenómeno social más que influye de manera decisiva, debiendo ser reconocido implícitamente.

Ver recientemente las Ss. 28-1-970, 28-1-971, 3 y 12-4-971, 3-7-971, 21-10-974 y 15-3-975.

Artículo 1281 C.C. : "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquélla".

ARTICULO 1281. REGLAS DE INTERPRETACION  
DE LOS CONTRATOS.

"La Sala no infringe la doctrina legal so  
bre interpretación de contratos cuando se limita  
a aplicar, sin interpretaciones de ninguna clase,  
las cláusulas del que es objeto del pleito" (S. -  
11-7-889).

"Siendo claras, precisas y terminantes las  
cláusulas de un contrato, no son susceptibles de  
interpretación y hay que estar a su sentido lite-  
ral, como preceptúa el artículo 1281, y no tiene  
aplicación al caso el artículo 1282"(S.30-4-896).

"En la interpretación de los contratos de-  
be estarse al sentido literal de sus cláusulas, -  
apreciando las palabras en ellos usadas llanamen-  
te y como suenan, dada la signifación que la gra-  
mática les concede..., porque en este caso debe -  
estarse más bien a su espíritu, dándoles el sentii

do que las partes se propusieren para conocer su intención, que es lo principalmente necesario, a fin de que la verdad resplandezca y tenga efectividad la voluntad..." (S. 14-1-928).

Existen otras sentencias que, al contrario de la comentada, afirman que hay que estar al sentido que la Ley otorga a las palabras empleadas en los contratos.

"... si por silencio de los contratantes no existe cláusula literal, tendrá que deducirse la intención de los mismos por el común consentimiento, teniendo en cuenta las reglas más puras de la lógica. Esta intención se ha de deducir de los actos coetáneos y posteriores, del sentido - de las demás cláusulas, del uso o de la costumbre del país, y muy especialmente atendiendo a que no se perjudique a ninguno de los interesados en sus derechos futuros, o sea, interpretando sistemáti-  
camente el contenido del documento" (S. 3-3-928).

"Si bien en materia de interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico" (S. 23-3-950).

"... aún adoptando el criterio interpretativo del recurrente no habría apoyo suficiente para la estimación del recurso por faltar la buena fe, que, aparte la cuestión de interpretación, se refiere principalmente al modo de obrar en la ejecución y cumplimiento de los contratos, debiendo también tenerse en cuenta que lo que hace el Tribunal es aplicar la doctrina de tradición multisecular que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador"(S.22-6-950).

"Si bien es cierto que el artículo 1281 en



su primera parte consagra el aforismo "in clares non fit interpretatio", que hace innecesaria la interpretación cuando la expresión es tan clara que no deja lugar a duda cuál sea la voluntad - de las partes, este principio sólo es aplicable cuando en las palabras aparezca con evidencia el propósito del negocio..." (S. 10-12-957).

Es contraria esta sentencia a la 22-6-950, que admite se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras.

Se observa en este conjunto se sentencias citadas que no existe regla ni doctrina unitaria en cuanto a la interpretación, dando, una vez más, entrada al arbitrio judicial acomodado al tiempo, lugar, circunstancias y personas del caso en questión.

Sobre la interpretación literal ver Ss. de 18-5-970, 26-3-971, 1-4-971, 30-6-971, 27-12-971, 22-1-972, 2-2-972, 28-6-972, 10-10-972, 20-1-973, 1 y 28-2-973, 9-4-973, 5-10-973, 26-3-974, 22-5-974 y 30-10-975.

Artículo 1282 C.C. : "Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato".

ARTICULO 1282. INTERPRETACION DE LOS CON  
TRATOS POR ACTOS COETANEOS Y POSTERIORES.

"La inteligencia y verdadero alcance de los contratos se determinan por los hechos que les precedieron, circunstancias que hubiesen concurrido y por la intención y propósito de los contratantes, revelados en los actos coetáneos y posteriores de los mismos" (S. 24-2-904).

En el mismo sentido, S. 20-4-944.

En sentido contrario a estas sentencias, la de 26-4-940 no aplica el artículo citado por tratar se en ese caso de un acto anterior al convenio discutido.

"No se ha infringido el artículo 1282, pues al establecer que para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos coetáneos o posteriores, atribuye -

su mayor importancia interpretativa a esos actos, pero no excluye, como indica la palabra principalmente, los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes" (S. - 8-4-931).

En el mismo sentido, S. 9-12-944.

A pesar de que el artículo comentado se refiere sólo a actos coetáneos y posteriores, el Juzgador considera necesario tener en cuenta los anteriores, acudiendo incluso a su criterio de interpretar el adverbio "principalmente" como sinónimo de anterior.

"Tratándose de un acto anterior al convenio discutido, no es aplicable este artículo, que únicamente se refiere a los actos de los contratantes coetáneos o posteriores al contrato" (S. 26-4-940).

Esta sentencia, aun siendo posterior en el

tiempo, vuelve a un criterio de interpretación legalista, sin darse el Juzgador concesión alguna.

".... "no estando reducida la interpretación a una serie de preceptos que por su imprecisión nada por sí resuelven", precísase en cada caso buscar la intención de las partes en los actos y contratos en que intervienen, tanto con sujeción al criterio clásico y subjetivista, como en el significado y alcance que de sus declaraciones de voluntad se derivan, con arreglo a la opinión moderna y objetivista, para de este modo autenticar cual fuese la inspiración y propósito a que responde, - como para decidir sus consecuencias jurídicas...." (S. 21-1-961).

El Juzgador admite en esta sentencia la total insuficiencia de los preceptos legales, teniendo que salir fuera de ellos para interpretar en cada caso.

De otra parte, traduce explícitamente el -

cambio de criterio desde una concepción clásica y subjetivista a la moderna y objetivista. Todo ello en lógica progresión con respecto a las sentencias anteriormente comentadas dentro de este mismo artículo.

La atención a los actos coetáneos y posteriores en la interpretación se ve reflejada en las recientes Ss. de 19-1-971, 26-2-973, 12-3-973 y - 23-9-975.

Artículo 1297 C.C. : "Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajene bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquéllas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes".

Artículo 1298 .C. : "El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, - siempre que por cualquier causa le fuere imposible - devolverlas".

ARTICULOS 1297 Y 1298. PRESUNCIONES DE FRAUDE.

"Según tiene declarado el Tribunal Supremo, la circunstancia de que el deudor haya sido condenado en juicio antes de la enajenación que se impugna como dañosa a los acreedores, la exigen la jurisprudencia de aquel Tribunal y la Ley séptima, Título 15, Partida quinta, para que puedan ser revocadas las enajenaciones a título oneroso pero no para las gratuitas, las cuales con sólo acreditar que han perjudicado a los acreedores tienen la presunción de fraudulentas y se pueden revocar" (S. - 27-12-890).

"No es necesario para la presunción de fraude establecida en el artículo 1297, con arreglo al tenor literal del mismo, que la sentencia condenatoria o el mandamiento de embargo se refieran precisamente a los propios bienes enajenados" (S. de 9-11-901).



"... y la declaración de la existencia de fraude es una cuestión de hecho exclusivamente encomendada a la soberana apreciación sobre las pruebas, que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede al sentenciador de instancia..."(S.18-3-929).

"Si para probar el fraude como engaño buscado, preparado y disimulado en un contrato no fuese apreciable la prueba de presunciones, admitida por la Ley sin limitación alguna en cuanto a su objeto, y que la misma Ley utiliza en la prueba del fraude (artículo 1297 del C.C.), quedarían impunes y válidos la mayor parte de los actos fraudulentos en perjuicio de la buena fe, siendo por el contrario prueba de gran fuerza y de convicción la de presunciones, y más si, como ocurre en el caso de autos, son varias coincidentes en la misma conclusión lógica, que no puede impugnarse, como se hace en el recurso, separadamente cada una de ellas, para restar del conjunto la fuerza de su coincidencia, mayor que la suma de todas". (S. - 17-4-950).

Podemos observar en las cuatro sentencias citadas una clara evolución de pensamiento, ya - que en las dos primeras se dan una serie de normas, contrarias entre sí, que, no obstante, explican. En la tercera, de nuevo el Juzgador se otorga la facultad de actuar según su propio arbitrio, y, finalmente, en la de 17-4-950 eleva la presunción a cotas de gran trascendencia para la decisión, afirmando incluso que la Ley no pone a la misma limitación alguna.

Véase sobre el tema las Ss. de 18-6-973 y 15-10-973.

Artículo 1451 C.C. : "La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar - recíprocamente el cumplimiento del contrato. Siem - pre que no pueda cumplirse la promesa de compra y - venta, regirá para vendedor y comprador, según los - casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro".

ARTICULO 1451. PROMESA DE VENTA O DE COMPRA.

"Dejando aparte las discusiones doctrinales - sobre las modalidades que puede revestir este contrato de promesa de venta y si debe ser considerado solamente como contrato preparatorio o precontrato, es incuestionable que la dicha convención, al reunir los requisitos del artículo 1261, es por su naturaleza un contrato consensual y bilateral con vida y entidad propias, corroborándolo la doctrina jurisprudencial (S. 28-3-944), la que afirma que en la legislación patria no se identifican los contratos de promesa de venta y compraventa, sino que son dos figuras jurídicas diferentes de acusado matiz distinto..." (S. 1-7-950).

Reconoce la existencia de la promesa de venta como nueva figura, en base a la propia jurisprudencia, ya que dicha figura se encuentra sin regular en la legislación positiva.

"No es dado calificar de promesa de venta una convención en que se transmite la posesión - de la cosa enajenada, autorizando a la adquirente para que la ocupe por sí o perciba sus rentas; se entrega íntegramente el precio, se descarga - sobre el comprador el pago de las contribuciones a partir del otorgamiento y se pacta que se otorgará la venta definitiva tan pronto desaparezca la prohibición que en zona no nacional resultaba de un derecho emanado del gobierno marxista...."  
(S. 15-6-945).

Es contraria a la sentencia 6-3-954, en la que la jurisprudencia declara que si sólo se obligan a la prestación de un futuro consentimiento, encaminado a celebrarlo posteriormente, el contrato que conciertan es simplemente de promesa de venta.

"... al regular el párrafo 2º del artículo 1451, que de la promesa de venta se trata, los efectos de la misma en caso de imposibilidad de -

su cumplimiento, no dispone que se apliquen las - normas señaladas para esos casos en la compraventa, sino las generales relativas a las obligaciones y contratos, sin seguir un criterio de equiparación e identidad en uno y otro caso; siendo en su consecuencia, en nuestro Derecho, la promesa - bilateral de comprar y vender un contrato preparatorio cuyos efectos son distintos de los de la - compraventa definitiva; y en el caso discutido no puede ofrecer duda que el contrato de que se trata era sólo de promesa de venta, pues si bien al celebrarlo se entregó por la compradora el precio convenido y simultáneamente entró en posesión del inmueble, como esta posesión no se le dio en concepto de dueña, no se le transmitió la propiedad de la - finca que entraba a poseer...." (S. 25-3-957).

Comparada con la sentencia de 15-6-945, observamos un cambio absoluto de criterio, aun dándose - similares condiciones en uno y otro caso resueltos.

"El incumplimiento así del contrato de compra-

venta, regulado por el artículo 1450, como de la promesa aceptada, según el artículo 1451, faculta al perjudicado para reclamar la indemnización de daños y perjuicios sin necesidad de solicitar previamente el cumplimiento de lo convenido..." (S. 4-2-911).

En contra de esta sentencia, la de 24-12-920 dice que el artículo 1451 concede a las partes el derecho de reclamar el cumplimiento de lo convenido a virtud del terminante precepto del número 1 del artículo 1280, que exige que aquellos pactos consten en escritura pública.

"Todo concierto para comprar o vender bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos que se verifique verbalmente o mediante documento privado queda incluido en el artículo 1451, que concede a las partes el derecho de reclamar el cumplimiento de lo convenido, a virtud del terminante precepto del número 1 del artículo 1280, que exige que aquellos pactos consten en escritura pública"(S.24-12-920).

Está esta sentencia en contra de la S. de 4-2-911, que dice que se faculta para exigir indemnización por daños y perjuicios sin necesidad de solicitar previamente el cumplimiento de lo convenido.

"Pese a las dificultades que técnicamente existen para distinguir en muchos casos las promesas bilaterales y los definitivos contratos, está fuera de duda que la bilateralidad constituye su característica común..." (S. 23-3-945).

"Aunque el contrato de opción no se encuentra regulado específicamente en nuestra legislación civil, la jurisprudencia ha venido recientemente a determinar su naturaleza y efectos, configurándolo como un contrato de carácter consensual generalmente - unilateral..." (S. 10-7-946).

El cambio de criterio respecto de la sentencia anterior es total, ya que en una se considera el convenio como unilateral y en la otra como bilateral.



"La doctrina jurisprudencial ha fijado con toda claridad los caracteres de la opción de compra, que se regula, no por precepto alguno determinado, sino por los principios generales de las obligaciones y contratos, y así, diferenciándola de la promesa de comprar y vender, sometida al régimen del artículo 1451...; es indudable que tanto la misma doctrina jurisprudencial como los textos de derecho romano, que interpreta, refieren la apreciación de la existencia de lesión al momento de la perfección del contrato y, por tanto, éste es el de la aceptación de la opción"(S.18-5-955).

"... y aunque doctrinalmente se haya discutido si la promesa de venta es totalmente asimilable al contrato del mismo nombre, o si se trata de un mero contrato preliminar, lo cierto es que en la doctrina jurisprudencial patria se le ha construido como un verdadero precontrato...; la antigua jurisprudencia, a cuyo tenor la promesa de venta o de compra incumplida no afluía al cumplimiento forzoso, la sentencia de 1-7-950 ha declarado -

que para la consumación del contrato de promesa de comprar o vender no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad, bastando ya la manifestada para que se declare su fuerza obligatoria entre las partes, según los términos del artículo 1258" (S. 2-2-959).

Podemos afirmar respecto de este conjunto - de sentencias citadas que cuando el Juez está ante una situación no regulada, puede hacer derivar de la utilización de su arbitrio, resoluciones inesperadas.

Sobre lo tratado, Ss. 26-3-971, 24-2-972, 2-2-973, 28-6-974 y 15-4-975.

Artículo 1544 C.C. : "En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

ARTICULO 1544. LETRADOS.

"La conocida controversia suscitada en la doctrina científica sobre la naturaleza del contrato cuyo objeto es la prestación de actividades peculiares de las profesiones de orden científico o técnico (contrato calificado de mandato por algunos juristas, por otros de arrendamiento de servicios, por algunos de contrato de empresa, y aun de contrato innominado por algún sector de la doctrina), ha tenido su repercusión en la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en lo que atañe a la naturaleza del vínculo contractual que liga al Letrado con su cliente, apareciendo que mientras la S. 14-6-907 considera la relación como dimanada de un mandato, la S. de 27-12-915 estima que nace de un contrato de mandato y de servicios, en tanto que la S. de 25-2-920 califica de arrendamiento de servicios y la S. de 16-2-935 (que señala la más moderna orientación de la jurisprudencia en la materia), si bien afirma que los servicios de los Letrados, como los

de las personas que ejercen profesiones liberales  
no constituyen más que una modalidad del que la  
tradición jurídica y nuestro Código Civil viene -  
llamando contrato de arrendamiento de servicios,  
admite que de manera eventual y accesoria pueden  
ser encomendadas a los Abogados gestiones propias  
del mandato, y como complemento de esta doctrina  
procede advertir que aunque de ordinario se pre-  
senta la relación contractual entre el Letrado y  
su cliente como un contrato de arrendamiento de -  
servicios, también aparece otras veces como contra-  
to de obra, supuesto que se da cuando mediante re-  
muneración se obliga a aquél a prestar no propia-  
mente su actividad profesional, sino el resultado  
producido por la misma, cual ocurre, entre otros  
casos, en el de aceptar el Letrado el encargo de  
emitir un dictamen..." (S. 4-2-950).

Observamos, en el mismo sentido del comen-  
tario general anterior, que cuando el legislador -  
está ante la no regulación de una figura, atiende  
a circunstancias diversas, y en este caso concreta-

mente, a direcciones doctrinales, llegando aún más lejos, es decir, aplicando unas veces un criterio a la susodicha figura y otras veces otro distinto, como en la propia sentencia citada se observa.

Ver sobre el tema Ss. 17 y 31-1-970, 24-4-971, 7-4-972, 21-10-972, 17-1-973, 11-4-973, 20-5-973 y 11-6-974.

Artículo 1553 C.C. : "Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compra venta. - En los casos en que proceda la devolución del precio se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa".

ARTICULO 1553. OBLIGACION DE SANEAMIENTO  
EN EL ARRENDADOR.

"Al ordenar el artículo 1553 se extiendan y apliquen al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre el saneamiento contenidas en el título de la compraventa, dentro de las distintas condiciones y naturaleza de estos dos contratos, no ofrece duda que tratándose del primero el saneamiento ha de referirse a las obligaciones impuestas por el artículo 1554 al arrendador en orden a entregar la cosa arrendada..." (S. 4-4-913).

Es esta sentencia un claro exponente de la interpretación analógica, por el simple hecho de haber mediado entrega de la cosa.



Artículo 1554 C.C. : "El arrendador está obligado : 1º A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato; 2º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de ser - vir para el uso a que ha sido destinada; 3º A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato".

ARTICULO 1554. CONSERVAR LA COSA EN ESTADO DE SERVIR PARA EL USO A QUE FUE DESTINADA.

"La obligación establecida en el nº 2 del artículo 1554 de reparar el arrendador la cosa - objeto del arrendamiento, a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, no puede tener otro alcance que el expresado en el propio precepto legal, esto es, el de - hacer las reparaciones necesarias durante el arrendamiento, mas no el de reconstruir o reedificar, - porque estas obras son de mayor empeño e importancia y no se pueden confundir con los simples reparos..." (S. 22-12-932).

Es contraria esta sentencia a la de 12-3-956.

"Se alega infracción de los artículos 1554, nº 2, y 1556, porque si bien es cierto que el primero de estos preceptos establece la obligación del arrendador de efectuar durante el arrendamiento en

la cosa arrendada las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que fué destinada..., como en el caso presente las obras que se estimaban necesarias eran de reedificación o reconstrucción, concepto mucho más amplio que el de simple reparación...; pero este argumento cae por su base si se tiene en cuenta que aparte de que en el concepto de reparación puede estar incluida en ocasiones la reconstrucción o reedificación de lo que por hallarse deteriorado hay que reparar, todo lo acaecido en este caso arranca de la omisión declarada como hecho por la Sala, con apoyo de elementos probatorios de carácter técnico, no desvirtuados, del arrendador demandado, en realizar desde el principio las obras suficientes de reparación y seguridad que hubieran conservado el inmueble en las condiciones de habitabilidad propias del destino para el que se arrendó aquél, y como tales obras se hallaban de modo indudable incluidas en la reparación a que alude el artículo 1554, nº 2 del Código Civil, es evidente que estuvo dicho precepto bien aplica-

do por el Juzgador de Instancia". (S. 12-3-956).

Mientras que en la primera de estas dos - sentencias comentadas, el Juzgador se limita a - una interpretación legalista estricta consideran do que reconstruir o reedificar no es hacer repa raciones necesarias, en la segunda, ampliando es te criterio y de modo magistral, se expone lo con trario por considerar que en ocasiones la recons- trucción o reedificación de lo que se halle dete- riorado es obligatorio llevarlo a cabo.

Sobre obligaciones del arrendador y lo tra tado al respecto ver Ss. de 8-3-971 y 10-3-971.

Artículo 1558 C.C. : "Si durante el arrendamiento es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada que no puede deferirse hasta la conclusión del arriendo, tiene el arrendatario obligación de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca. Si la reparación dura más de 40 días, debe disminuirse el precio del arriendo a proporción - del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se vea privado. Si la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación, puede éste rescindir el contrato".

ARTICULO 1558. REPARACIONES EN LA COSA  
ARRENDADA.

"Si bien faltan en nuestro Código Civil - preceptos reguladores de las consecuencias que la imposibilidad parcial de utilización del inmueble no imputable a los contratantes y posterior al nacimiento de la relación arrendaticia, produce en la vida de ésta, el criterio legal favorable a la subsistencia de la misma se revela en las reglas del artículo 1558, y de las cuales se infiere que aquel evento no produce la extinción del contrato contra la voluntad del arrendatario, solución de subsistencia cuya aplicación al caso controvertido se reafirma por hallarse ajustada a las actuales orientaciones de nuestra legislación que tiende a amparar los derechos de aquél, procurando la permanencia y estabilidad de la relación constituida habida cuenta de su trascendencia social...; sin que quepa aducir como argumento eficaz para la resolución que el Juzgador no puede, -

sustituyendo al consentimiento de los contratan  
tes, señalar una renta, porque si bien es verdad  
que la fijación de ésta obedece inicialmente a la  
voluntad concorde de aquéllos, es igualmente cier  
to que los Tribunales pueden tener atribuciones, -  
una vez en vigor el contrato, para modificar la -  
cuantía de la estipulada y señalar la que estimen  
justa a medio de la oportuna revisión, admitida -  
no sólo en la legislación especial de arrendamien-  
to..." (S. 26-12-942).

Se observa en esta sentencia la admisión -  
expresa por el Juzgador de una laguna de la Ley;  
una atención a la trascendencia social del contra  
to de arrendamiento y unas facultades de los Tribu  
nales para modificar las estipulaciones de los con  
tratos, todo ello, sin duda, influenciado el Juzga  
dor por los movimientos y fenómenos sociales.

"... si bien es cierto que las obras de su-  
presión y apertura de patios no figuran en el pla-  
no y proyecto de las que el actor se proponía rea-

lizar, ni tampoco en la licencia de construcción otorgada por el Ayuntamiento, no lo es menos que el demandado ha reconocido que el piso por él ocupado no reúne en su actual distribución las míni-mas condiciones higiénicas..., opinión que coinci-de con la emitida por el Jefe Provincial de Sanidad... y que es corroborada por el arquitecto ase-sor de la Fiscalía de la Vivienda cuando informa que las obras que se están realizando en la casa mejoran notablemente sus condiciones higiénicas... entendiendo la Fiscalía de la Vivienda que es con-veniente, por los motivos expuestos, la terminación de las obras en la forma proyectada, y estimando el perito arquitecto que tales obras mejoran la habitabilidad de la vivienda, y que la mejor solución técnica es la de continuar el nuevo patio...; y - obliga al arrendatario a tolerarlas aunque le sean molestas, sin perjuicio de los derechos que le confieren" (S. 9-2-948).

Se atiende en esta sentencia a circunstancias varias que mejoran la cosa objeto del contra-



to, estando claramente la opinión del Juzgador - por encima de licencias, planos, Ordenanzas Municipales, etc, creando, en suma, una normativa especial aparte de la ya regulada para dicho caso, tratándose por tanto de una sentencia clarísima - "contra legem".

El tratamiento de las reparaciones en la cosa arrendada se ve reflejado en las modernas - Ss. de 15 y 29-3-971, 5-5-971, 15-10-971, 20-10-971, 26-1-972, 21-4-972, 3 y 12-5-972, 14 y 29-3-973, 18-6-973, 5 y 9-2-974, 8-6-974, 2-1-975, 5-5-975 y 21-11-975.

Artículo 1753 C.C. : "El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad".

ARTICULO 1753. SIMPLE PRESTAMO.

"Nunca merecerían las operaciones de crédito de que se trata el concepto de usurarias, - ni podría calificarse al actor de prestatario amparado por la Ley, porque lejos de obedecer, al contraer la obligación, a imperiosas necesidades de familia o personales de que carecía en absoluto, las propias manifestaciones de la demandada demuestran que las cantidades obtenidas se destinaban a múltiples negocios que explotaba el deudor..." (S. 21-10-911).

"Un interés trimestral del 12%, por su elevada cuantía, es notoriamente desproporcionado - con las circunstancias del caso, puesto que las - cantidades prestadas no lo fueron para la realización de lucrativos negocios de construcciones, sino, como acertadamente se aprecia en la sentencia recurrida, para atender a la difícil situación económica en que a consecuencia de ellos se encontra-

ba el prestatario" (S. 18-6-945).

En el mismo sentido, S. 17-6-927.

¿Se trata realmente de una situación angustiosa?. Ambas sentencias comentadas ven el problema de la usura desde el punto de vista del destino del dinero tomado a préstamo, considerando por nuestra parte que si el interés es elevado habrá usura independientemente del fin que se dé al dinero. Es decir, que el Juzgador atiende a fenómenos sociales y situaciones varias que alteran la relación jurídica desde una situación civil a una penal.

" ... porque la obligación de devolver el capital prestado en igual especie que se recibió no se refiere a los intereses, cuyo pago pudo ser pactado en especie distinta; y, en último término, porque convenido el pago en francos o pesetas, sin especificar si había de ser en moneda metálica o de papel, el deudor cumple su obligación haciendo

el pago en cualquiera de esas clases de monedas, con independencia del mayor o menor precio que tengan en el mercado, pues estimar lo contrario equivaldría a que recayeran excesivamente sobre el deudor todos los riesgos de la imprevisión de ambos contratantes, y por tanto no le pueden ser imputadas, conforme a la más elemental equidad, según en caso análogo se resolvió por este Tribunal Supremo en las sentencias de 29-10-895 y - 27-10-868" (S. 23-4-929).

Del contenido de esta sentencia se observa claramente un apoyo a la cláusula "rebus sic stantibus", la que, no regulada positivamente, es recogida implícitamente sin embargo.

"La Ley de 1908, al establecer en el artículo 1 la nulidad de los préstamos viciados por la usura, califica según los términos expresivos y categóricos de dicha disposición y sanciona un principio eterno de moral universal que trasciende de específica y concretamente a la esfera jurídi-

ca para limitar la libertad contractual si los -  
pactos inicuos y reprobados por la conciencia co-  
lectiva implican ofensa contra bonos mores, vulne-  
ran el orden público o contraviniendo las ordenan-  
zas de una Ley prohibitiva, de tal modo que cuando  
todos o alguno de estos factores móviles interfie-  
ren en un negocio aparentemente regular y formal -  
determinan un vicio radical de ilicitud en el con-  
tenido del mismo por flagrante violación de la mo-  
ral y el hecho cuyas normas rectoras de la conduc-  
ta humana dirigidas a la general convivencia tien-  
den a realizar el alto sentido de la dignidad de -  
la Ley..." (S. 9-1-933).

Recoge esta sentencia principios éticos y  
morales de contenido claramente metafísico, que,  
como reconoce el propio Juzgador, trascienden a  
la propia esfera jurídica.

"La Sala estima que la situación angustio-  
sa que la Ley ampara es la meramente transitoria,  
que se salva mediante el préstamo, no la permanen

te o crónica, como la Sala juzga ser la de los de mandantes,... procede declarar que la distinción de las situaciones angustiosas en transitorias y permanentes, excluyendo estas últimas de la protección legal, no tiene fundamento ni en la Ley ni en la jurisprudencia, y puede decirse que tampoco en la razón, pues lo que el legislador se ha propuesto es perseguir toda explotación de la necesidad por los que de ella se aprovechan para obtener un lucro injustificado, y la situación angustiosa permanente, a la cual se puede llegar por múltiples causas sin culpa alguna del necesitado, tiene derecho a ser amparada por la Ley, por lo - cual es de estimar que la sentencia recurrida, - al excluir de la aplicación de la Ley lo que está comprendido en su letra y en su espíritu, la infringe en su artículo 1º" (S. 24-3-942).

"El interés del 8% anual pactado en la escritura de préstamo no está considerado en el criterio de la jurisprudencia, y, con respecto al tiempo en que el contrato se celebró como notablemente supe-

rior al normal:..." (S. 13-7-942).

Claramente queda patente en estas dos últimas sentencias comentadas la fuerza real de la jurisprudencia, al ser equiparada por el propio Juzgador con la misma Ley y con la razón.

Vease sobre el préstamo y préstamo usurario las modernas Ss. de 14-5-970, 6-11-970, 17-1-970, 25-2-971, 23-3-971, 14-4-971, 25-4-972, 19-12-974, 25-6-975, 18-10-975 y 13-11-975.



Artículo 1790 C.C. : "Por el contrato aleatorio una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia - de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el - caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo inmediato".

ARTICULO 1790. CONTRATO ALEATORIO.

" ... y si bien es cierto que una corriente doctrinal muy autorizada entiende que la enumeración que el Código Civil hace de los contratos aleatorios no debe ser considerada como limitativa, pues existen otros contratos de suerte no comprendidos en ella, no es dable olvidar .... "

(S. 19-10-959).

Se observa en esta sentencia una atención a las corrientes doctrinales, y, de otra parte, la posibilidad del Juzgador de dar carácter aleatorio a cualquier circunstancia jurídica.

Artículo 1902 C.C. : "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

ARTICULO 1902. OBLIGACIONES NACIDAS DE  
CULPA O NEGLIGENCIA.

" ... el artículo 123 expresa que para la valoración del daño atenderán los Tribunales, - además de los perjuicios de la cosa, al de afec-  
ción del damnificado ..." (S. 7-11-919).

Vemos cómo ya desde fechas tempranas los fenómenos sociales y circunstancias diversas son atendidas por el Juzgador para valorar los perjuicios.

"Si bien no se pueden confundir la culpa - contractual y la extracontractual, es indudable - que se asemejan en lo de producir el efecto de indemnizar, pero se diferencian en que la petición de los perjuicios en la contractual hay que hacer la en el pleito en que solicite el cumplimiento - del contrato, ... y como en el actual se han pedi- do fuera del pleito principal y en la forma indi-

cada en el suplico de la demanda, hay que darles el carácter de culpa extracontractual"(S.4-1-929).

El hecho de pedir los perjuicios fuera de un pleito hace al Juzgador variar el sentido, contractual o extracontractual de los mismos.

"... en las Leyes sustantivas existen elementos diseminados que la doctrina recibe y que aprecia la citada S. de 1944, sobre los cuales se puede construir tal vez una teoría jurídica sobre el abuso del derecho, como son, entre otros, los artículos 1101 y 1902 del Código Civil; pero en la Ley de enjuiciar no hay tales elementos, o por lo menos no se alegan, lo que constituye otra diferencia que basta a la asimilación del orden sustantivo y del procesal en relación con el principio que se discute" (S. 29-12-951).

"... y estima que el causado no derivó con relación directa necesaria e inmediata del hecho imputado, tal como exige la jurisprudencia de este

Tribunal Supremo...; la verdad es, y así lo tiene  
declarado este Tribunal en su S. de 25-1-933, que  
para establecer la relación de causalidad, más que  
de tesis abstractas, más o menos convincentes, hay  
que partir de la singularidad de cada caso y del -  
juego combinado de cuantos factores pueden ligar -  
la ilicitud de la conducta con el resultado produ-  
cido; ... causando los irreparables estragos sufri  
dos en su persona, y aun en su fama y consideración  
social ... ; en que este Tribunal se ha pronunciado  
abiertamente, y en una aleccionadora jurisprudencia,  
a partir de la S. de 6-12-912, que con el apoyo de  
la Ley 21, tít. 9º, Partida séptima abrió paso a -  
una rectificación de la antigua doctrina ....."  
(S. 21-7-957).

Se observa cómo una sentencia del Tribunal -  
Supremo rectifica por sí sola doctrinas anteriores;  
y, de otra parte, el tremendo valor que se concede a  
la Jurisprudencia, al "exigir" ella misma.

"La teoría del abuso del derecho, como tiene

definido la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en su S. de 14-2-944, está integrada por tres elementos esenciales..., se complica en sus efectos gravemente cuando el negocio jurídico relaciona o vincula además a terceras personas..."(S.24-2-959).

Es la propia jurisprudencia, contradiciendo su propio principio de que una sola sentencia no crea jurisprudencia, la que reconoce y afirma una teoría basada en una sola sentencia. Este principio de creación de teoría se observa de forma tímida ya en la sentencia de 29-12-951 anteriormente citada.

La culpa extracontractual ha sido tratada modernamente en las Ss. de 15-4-970, 18-5-970, 12-6-970, 11 y 16-3-971, 30-4-971, 29-2-972, 10-5-972, 28-2-973, 31-3-973, 30-4-973, 26-6-973, 22-1-974, - 30-3-974, 29-4-974, 30-4-974, 24-5-974, 28-6-974, - 21-9-974, 17-1-975, 11 y 15-2-975, 14-10-975, 17-10-975 y 18-11-975.

Sobre el abuso de derecho ver S. de 30-6-970.

- 426 -

## C O N C L U S I O N E S



## CAPITULO VII.

### RESUMEN Y CONCLUSIONES.

De lo expuesto en el presente trabajo, tanto en su parte teórica como práctica, hemos derivado - tres importantes conclusiones y una no menos importante consecuencia.

Las tres conclusiones aludidas se darían en el campo de lo estudiado anteriormente, es decir, - la primera, en cuanto a la actividad y arbitrio judiciales; la segunda, respecto del fruto de esta actividad, es decir, la jurisprudencia; y, finalmente, - la tercera, respecto a los fenómenos sociales como elementos integradores de la Ley.

1.- Actividad y arbitrio judiciales.- Hemos

visto cómo entiende la doctrina la interpretación en sus diversas escuelas. Cómo hace el juzgador - en realidad uso de esta interpretación; y, por último, cómo la misma se plasma en las sentencias.

Hacemos a continuación, y siempre en la misma línea de la tesis, una referencia más concreta a los artículos y sentencias que recogen la realidad del arbitrio judicial.

Como hemos visto, la llamada interpretación es en realidad la expresión que trata de encubrir la verdadera función del Juez, consistente en transformar la norma general y abstracta de la Ley en - la norma concreta y determinada en que consiste la sentencia.

Sirva como ejemplo todo lo dicho de forma general en el presente trabajo y de modo particular lo siguiente:

Artículo 149 del Código Civil: "el obligado

a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos".

A pesar de que la elección de que habla este artículo parece que no está condicionada, la jurisprudencia ha entendido lo contrario, siempre que, a juicio de los Tribunales, concorra alguna causa - moral justificada que se oponga al traslado del alimentista a la casa del obligado a prestar alimentos (sentencias de 11 de Mayo de 1897, 25 de Noviembre de 1899, 5 de Julio de 1901, 31 de Enero de 1902, - 5 de Diciembre de 1903, 22 de Abril de 1910, 17 de Noviembre de 1914, 5 de Abril de 1923 y 24 de Enero de 1927).

Respecto del artículo 321 del Código Civil, el concepto "tomar estado" ha sido interpretado - restrictivamente por la sentencia de 19 de Febrero de 1901, en el sentido de que se refiere solamente

al estado de matrimonio pero no al estado religioso.

Pese a la norma fundamental de todo negocio jurídico expresada por el axioma pacta sunt servan da, en algunos casos se reconoce la facultad judicial de modificar el contrato. En efecto, como dice la sentencia de 13 de Junio de 1944, en algunas situaciones la Ley permite mitigar el excesivo rigor que podría derivar del indicado axioma, para lo - cual confiere al juzgador la facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias - concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de - ser cumplido lo que se prometió.

Respecto de la facultad otorgada a los Tribunales por el artículo 1103 del Código Civil, son de citar las sentencias de 14 de Mayo de 1920, 4 - de Julio de 1925 y 3 de Abril de 1940.

El poder de resolución a que alude el artículo 1124 del Código Civil se ve reflejado en las sen tencias de 5 de Julio de 1941 y 28 de Enero de 1944.

Las sentencias de 24 de Marzo de 1909, 16 de Enero de 1910, 31 de Octubre de 1922, 10 de Diciembre de 1932, 17 de Mayo de 1934 y 26 de Octubre de 1934 recogen la facultad conferida a los Tribunales por el artículo 1154 del Código Civil.

Y es elevado a tal importancia el uso del arbitrio judicial, que las sentencias de 8 y 30 de Enero de 1932, entre otras, afirman que "no es revisable en casación el juicio de equidad que sirve al Tribunal de instancia para moderar la pena"; ello referido al artículo 1154 del Código Civil.

Como afirma el procesalista español Plaza, si bien el Juez no es libre para escoger el procedimiento que ha de seguir para la práctica de las diligencias probatorias, sí lo es, en cambio, para formar su convicción, apreciando a la luz de la lógica y de su personal experiencia la eficacia de las pruebas para demostrar los hechos afirmados. Tal es el sentido del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ar-

títulos 1248 y 659, respectivamente) y de manera es  
pecial al reservar, como dice, entre otras, la senten  
cia de 20 de Abril de 1934, a la personal actuación  
del Juzgador el examen de la prueba pericial según  
los artículos 609 y 632 de la Ley de Enjuiciamiento  
Civil, ya que no están determinadas las reglas de -  
la sana crítica a las que el mismo debe ajustarse -  
en su apreciación.

Es abundantísima la Jurisprudencia que decla  
ra ser de la libre apreciación del Juzgador la prue  
ba de los perjuicios y el importe de la correspon-  
diente indemnización. Sólo el artículo 1108 del Códi  
go Civil dicta una regla que elimina el arbitrio ju-  
dicial; se trata del caso del interés legal.

La sentencia de 19 de Mayo de 1934 ha dicho  
que si bien el artículo 1106 del Código Civil esta-  
blece la forma normativa para regular los daños y  
perjuicios cuando éstos tienen una realidad aprecia  
ble de modo material y tangible, en otros casos esa  
apreciación material es de todo punto imposible, co

mo sucede cuando de la vida o del honor se trata, en los que la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva, sino que corresponde al Tribunal sentenciador fijar de modo prudencial el importe de aquélla, atendiendo a las circunstancias de la persona ofendida, su edad, su posición social, etc.

La sentencia de 24 de Mayo de 1947 declara que en caso de ofensa al honor o a la vida, la valoración de los daños corresponde hacerla al Juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para la denegación de la indemnización su falta de determinación pecuniaria.

Incluso prescindiendo de las opiniones de quienes estiman que las circunstancias particulares de cada supuesto de hecho lo convierten en un caso único que, como tal, habrá de ser resuelto por el Juez haciendo uso de cierto arbitrio, no es difícil citar otros varios ejemplos de arbitrio judicial -

que resultan de nuestro Derecho positivo, en los que la intervención del citado arbitrio aparece como requisito indispensable en la resolución de un litigio.

Así, artículo 1692, párrafo 1º del Código Civil: la apreciación de cuándo concurrirá la expresada "mala fe" o la "causa legítima" de revocación entra dentro del arbitrio de equidad del Juzgador. Lo mismo cabe decir del "justo motivo" del artículo 1707 del Código Civil.

Otro caso, citado por autores como Pérez o Alguer, es el resultante de la insuficiencia del Código Civil en materia de servidumbre de medianería.

También en la moderna doctrina relativa al abuso del derecho y al enriquecimiento injusto ha tenido una intervención directa, activa y creadora el arbitrio judicial.



La calificación jurídica del supuesto de hecho sometido a examen y decisión del Juzgador, implica, cuando menos, en ciertos casos, el uso de - cierto arbitrio a través de su propio criterio jurídico. Así resulta, por ejemplo, en los denominados contratos atípicos.

Finalmente, múltiples casos se dan en los - que las Leyes exigen la constitución de una caución o garantía como requisito previo para el ejercicio de un Derecho. Pues bien; la fijación de la cuantía de dicha caución la suelen dejar encomendada las - Leyes al prudente arbitrio de los Tribunales, fijación que puede ser en muchos casos (artículo 41 de la Ley Hipotecaria) un resorte poderoso para ayudar a la política legislativa que tiende a reprimir el ejercicio de los derechos de manera abusiva.

Creo que con todo lo expuesto en el cuerpo de esta tesis, apoyado por estos ejemplos a modo de conclusión, queda definitivamente clara la fuerza de fuente del Derecho de la actividad judicial,

cuanto en su sentido material, al hacer uso del arbitrio que por el propio legislador ha sido institucionalizado en los diversos artículos citados, así como reflejado en la Jurisprudencia anotada.

Hemos visto pues que la actual legislación reconoce explícitamente la capacidad de utilización - del arbitrio judicial por parte del Juzgador.

En cuanto a esta actividad judicial referida a la interpretación o aplicación de la Ley, después de estudiados los diversos métodos y teorías al respecto, observamos una clara evolución, desde una situación - estática o inmovilista de esta actividad, sujeta a unas reglas fijas, hasta otra, de verdadera libertad de actuación por parte del Juez, reconociéndose implícitamente en ello la labor creadora del Juez y en consecuencia integrando la Ley a través de su arbitrio.

Para ello el Juzgador hace uso, como decíamos de varias instituciones jurídicas; principios generales -

del Derecho, analogía, equidad, etc., lo que en la mayoría de los casos no es más que un escudo para ocultar la aplicación de su arbitrio, si bien, haciendo uso de estos conceptos solamente a efectos de amparar sus resoluciones en máximas de sabor jurídico con características de inmovilidad, y valor tradicional. En cuanto al uso de la analogía en particular, llegamos a la conclusión de que esta es una institución que una vez aplicada se convierte en fuente integradora del Derecho.

Por lo que respecta a la aplicación de la equidad por parte del Juzgador, viene a demostrarse una vez más el carácter de fuente del Derecho de la actividad judicial, al acoger los cambios de la Sociedad, es decir, - los fenómenos sociológicos, pues si los hechos no cambiaran y la vida permaneciera estacionaria, sin nuevos hechos ni necesidades nuevas, podría aspirar el Derecho a erigirse en un sistema cerrado y supuestamente perfecto. Pero como no es así, necesita del correctivo de la equidad, operando, caso por caso, sobre la marcha (*solvitur ambulando*). Y si bien por si misma no es fuente

del Derecho, no cabe la menor duda que al ser tenida en cuenta por el juzgador para emitir su fallo, es base de la creación del Derecho; en consecuencia podría definirse como fuente indirecta del Derecho.

Donde se viene a plasmar con auténtica claridad el caracter de fuente del Derecho de la actividad judicial, es al estudiar las lagunas jurídicas, pues si el Derecho legislado y el Derecho consuetudinario tienen lagunas, como hemos visto, y el orden jurídico en base a lo legislado, no puede tenerlas; quiere decir que donde no llegan las fuentes legislativas y consuetudinarias habrá de llegar la actividad judicial con caracter de fuente del Derecho.

Estos vacios o huecos que en la Ley se ofrecen, y a que en términos generales se les da el nombre de lagunas jurídicas, son el supuesto necesario para la formulación y reconocimiento del Derecho judicial en sentido estricto.

Podríamos concluir este punto resaltando la trascendencia del arbitrio judicial, al ser recono-

cido por el propio legislador y en consecuencia haberse articulado los diversos sistemas de recursos.

2.- La Jurisprudencia como fuente del Derecho.-

Al igual que la primera de las conclusiones la hemos basado en artículos y sentencias determinadas, esta segunda la basaremos en los discursos de dos eminentes jurisconsultos de diversas épocas, que a pesar - de la diferencia en el tiempo han sido recogidas aquí porque plasman exactamente lo que el doctorando ha - querido demostrar con el presente trabajo. Estos discursos son : "La jurisprudencia y la vida del Derecho"; discurso leído en el acto de su recepción por D. Niceto Alcalá Zamora y Torres, el día 22 de Febrero de 1920. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Y "Jurisprudencia y evolución"; discurso - leído por el Excmo. Sr. D. Valentín Silva Melero, - presidente del Tribunal Supremo en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 16 de Septiembre de 1974. Secretaría Técnica de la Presidencia del - Tribunal Supremo. Madrid, 1974.

Es indudable que la crisis de nuestro tiempo con sus inquietudes, falta de reposo y trascendencia,

angustias, cambios, conflictos, vacíos espirituales, etc., han trascendido al campo del Derecho. Y, a su vez, la crisis del Derecho en el mundo contemporáneo pone en duda la misma existencia y fundamento de los valores individuales. Esta crisis, que se manifiesta profunda y significativamente en la incertidumbre y en la falta de seguridad jurídica, si, - por un lado, reconoce su causa en la acelerada transformación de nuestra época, que ha desfasado las viejas Leyes, por otro, está condicionada por un generalizado sentido de rebelión contra el orden y, - por tanto, contra el Derecho, que es esencialmente orden, y precisamente expresión de la racionalidad, uno de cuyos beneficios más importantes es la certeza y la seguridad jurídica.

Fácilmente puede comprenderse que la crisis del Derecho positivo afecta lógicamente también a la Jurisprudencia. Al fin y a la postre, como ha afirmado Ripert, las Leyes penetran en el medio social mediante la elaboración jurisprudencial, aunque no haya que llegar a admitir exageraciones como

la de Holmes, para quien el Derecho es tan sólo lo que los Tribunales acepten, pues esto no es más - que una forma de consagrar un positivismo judicial, quizá tan peligroso como el positivismo legalista a ultranza.

Hay que tener en cuenta que en los países - de Derecho codificado, cuando las Leyes quedan desfasadas de la realidad social sobre la que están destinadas a operar y no responden o no parecen - responder al espíritu de la época, se lanza sobre los hombros de la jurisprudencia la pesada aunque noble y trascendente tarea de adecuar la legislación al entorno histórico social y, en definitiva, de mantener así el prestigio del Derecho.

Es cierto que la evolución del Derecho puede ser realizada por los legisladores, pero la historia de las instituciones jurídicas demuestra que la adaptación de las Leyes a la realidad social de cada momento histórico ha sido obra principalmente de ese gran monumento cultural que es la jurispru -



dencia, la que, paciente y silenciosamente, extrae savia nueva de los añosos troncos del sistema jurídico y dota al Derecho de esa dinamicidad histórica que es su característica más fecunda, y descubre la formidable fuerza expansiva de las instituciones jurídicas.

Cierto que hoy la tarea de la jurisprudencia es considerablemente más compleja y delicada de lo que pudo serlo en épocas de menor aceleración histórica, pues la adaptación de las Leyes a las nuevas realidades sociales presenta más problemas cuanto más vetustas y venerables son. En el marco de la sumisión a la Ley tiene la jurisprudencia un amplio campo de creación inventiva, reelaborando permanentemente las Leyes para hacerlas eficaces y funcionales ante las nuevas situaciones.

Frente a quienes afirman que el Derecho carece de capacidad para moldear la vida o quienes sostienen que ésta es arbitrariamente conformable y alterable por las Leyes, la Historia y la reali-

dad nos demuestran que la vida y el Derecho están en una relación simbiótica, y se influyen y enriquecen recíprocamente; por eso, cuando las Leyes envejecen y corren el peligro de no responder a las exigencias de justicia de la sociedad, la conciencia social se funde en ellas porque son hombres de la época los que las aplican jurisprudencialmente, desarrollando su energía potencial y sincronizándolas con la vida para tratar de realizar la justicia.

La función y el órgano exigido para la necesidad vital de la adaptación surgen felizmente en la jurisprudencia con toda la combinación deseable de garantías y medios. No abdica en ella la majestad del poder, sino que actúa a través de altas y directas intervenciones de sí mismo. No confía en el acierto problemático de la incultura, sino que entrega la delicadísima misión a selecciones de peritos. Coloca la potestad donde radica el problema, en la aplicación del Derecho al hecho, con todas las irreemplazables cualidades orgánicas,

de un lado, en la inmediación de la realidad percibida, y, a la vez, en el centro de la conciencia jurídica, que ha de contrastarla en órganos ramificados, como lo exigen la perfección del Derecho, centralizados, cual lo requiere el impulso de la modelación jurídica; con actividad constante y renovada, cual la realidad a proteger y regir con noción cabal, y por ello medida posible de la conformidad, el des acuerdo, el acierto o el error, que aparezca en la norma a aplicar. Así, por basarse en una necesidad vital del Derecho, aparece la jurisprudencia, según los tiempos, los países y las organizaciones políticas, con diversidad de formas, pero con identidad de fin y esencia.

La función renovadora de la jurisprudencia se lleva a cabo mediante dos operaciones contrapuestas e inseparables que la mantienen siempre inquieta y siempre equilibrada : son la asimilación y la eliminación. Lenta y oscuramente, de un modo perceptible a la larga en el conjunto, y sólo por detenida observación en sus actos sucesivos, va la

jurisprudencia asimilando principios nuevos, excepciones diferentes, sentidos diversificados en la interpretación, soluciones que rechazara en otro tiempo, fórmulas que sin chocar tal vez con las Leyes no están ciertamente en ellas, y que permiten revertir de forma jurídica, siquiera sea provisional, realidades creadas por una vida. Siempre una asimilación continua, transformadora, pero tendiendo por la disminución de esfuerzo y la seguridad de adaptación a buscar en sustancia jurídica ya organizada, y en último término acudiendo a los elementos inmediatos que se descubren cerca del análisis del Derecho como forma ética y obligatoria de la vida, o sea, necesidades económicas, exigencias técnicas, interés social, mandatos morales. Sea - cual fuere el origen del elemento asimilado, en su transformación se convierte con naturaleza común - en Derecho aplicable, adaptado a la vez a la realidad que vive y al organismo jurídico a que se incorpora. Simultáneamente a la asimilación, el progreso de la vida jurídica no avanzaría si no dejase - camino atrás : es ésta la operación de la elimina

ción. La realidad cotidiana impone el paulatino abandono o al menos la insensible relajación de soluciones que cumplieron ya su fin. Es ésa una obra que debe realizar y realiza la jurisprudencia, sirviendo así un supremo interés social. Pero la eliminación lucha con el sentido inerte, conservador y avaro de la sociedad, que, sintiendo ya inquietud ante la innovación meramente adquisitiva, teme ante el cambio que destruye valores creados. Por último, la pereza legislativa para derogar se ve unida a la timidez de la jurisprudencia para eliminar, porque todavía cuando asimila procede fuera de la Ley, pero cuando elimina se mueve manifiestamente contra la Ley misma.

En tal ciclo de la vida de la Ley, no es la jurisprudencia su enemiga, sino su servidora, y no la destruye, sino que la sostiene, renovándola. Sólo merced a esta lenta modificación pueden conservar las Leyes sus caracteres de generalidad y permanencia.

No debemos ver en el hecho universal de la jurisprudencia el acto técnico ni la misión didáctica y explicativa de la Leyes. No es lo esencial ni el aspecto técnico ni la misión didáctica, lo es, la necesidad vital y su cumplimiento, con las formas, procesos y elementos para realizarlo, es la materia a estudiar y la razón de ser de la Jurisprudencia, que así entendida no es fuente supletoria, pero independiente en cierto modo de las demás del Derecho; sino manantial continuo de éste, y en relación con las otras, accesoria por la ligazón, principalísima por el servicio que la rinde.

Queda, pues claro, a través de lo expuesto en este trabajo, la circunstancia de que la jurisprudencia es fuente de Derecho al menos en su sentido material, pues analizando las sentencias que se han comentado se ve que el valor que el propio juzgador les da, es el mismo que al resto de las fuentes formales.

Los principios que van fijando la jurisprudencia

no dependen ni de la ideología que impere en las leyes positivas ni en su ímpetu ius naturalista. Resulta simplemente de la misión propia de toda administración de justicia, de completar, elaborar y renovar el Derecho. Dentro de este marco la jurisprudencia es, institucionalmente, fuente de Derecho.

El valor de la jurisprudencia se puede cifrar en que la misma es la forma más genuina de realización del Derecho, algo que las fuentes propiamente dichas, en su limitado grado de practicidad no pueden alcanzar directamente.

Ya se estime que la jurisprudencia es una fuente material del Derecho, ya se la considere como un simple hecho de singular valor, ya se le brinde el alcance de lo autárquico normativo o fuente formal del Derecho, lo cierto es que resulta ser el medio principal por el cual el Derecho va armonizándose con las exigencias de la vida jurídica, o sea, con las necesidades éticas, sociales y económicas prevalecientes.

El legislador teniendo en cuenta las circunstancias citadas recoge, en la reforma del Código Civil - del 31 de Mayo de 1974, en el artículo 1º nº 6, la importancia de la jurisprudencia como tal fuente.



3.- Integración de los fenómenos sociológicos en la Ley.- Siguiendo la misma línea de emitir las conclusiones no de modo tradicional, sino usando de palabras ya escritas, en la primera la Ley, en la segunda las opiniones de eminentes jurisconsultos, en esta tercera se han escogido unas cuantas sentencias que por sí solas apoyan lo que se ha intentado demostrar en este trabajo : que los fenómenos sociales integran la Ley.

"La honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador para legislar y a los Tribunales encargados por la Ley de aplicar y de rea

lizar justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida cual sería el abandono de un elemento social de primer orden, como la mujer, al capricho de la pública maledicencia. Tomados en cuenta estos fundamentos sociales de toda legislación y de toda organización de justicia.....; cosa que no ocurre aquí, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad, que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la Ley ..... ; para justificar ..... una indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados .... ; se impugna la cuantía decretada de conformidad con lo solicitado en la demanda, lo que no es admisible, porque el valor de tales perjuicios no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en la litis, sino en

el reconocimiento prudente prestado a la reclamación en los escritos fundamentales de la discusión, y no sólo por esto, sino porque siendo indudable que la honra y el decoro personal son cosas que están por encima del comercio humano y que sólo quien las pierde puede apreciar en todo su valor, a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde, dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social ...." (S. 6-12-912).

"La Ley, como verbo perfecto que es del Derecho positivo, realiza su fin jurídico social mediante el desenvolvimiento en la vida real del principio o principios en que se informa, adaptando armónica y ecuánimemente el elemento general y ético, y por tanto invariable, de su imperativo con el individual y variable del acto jurídico resultante de las complejas, mudables y progresivas necesidades de la convivencia o comercio social; y siendo, como es, la Ley naturalmente estacionaria, como precepto escrito, la jurisprudencia es la que mediante las generales nor-

mas de interpretación que establece inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad, y sobre todo en los principios informantes de la Ley, lleva a efecto la evolución jurídica, al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la ciencia; por eso.... ; en efecto, la jurisprudencia declaró en sentencia de 6-12-912 que el honor, - además del valor espiritual, tiene otro material y - cotizable cuando al ataque contra el mismo se sigue menoscabo en el patrimonio de la víctima ..... ; y - por esto, teniendo en cuenta esa nueva orientación - jurídica, en el artículo 72 del Proyecto de Código - Penal se establece "que la indemnización comprenderá todos los perjuicios, así morales como materiales, - causados y que puedan resultar en lo futuro, no solamente al agraviado, sino a su familia y a un tercero", y añade "que para determinar la indemnización los - Tribunales tendrán en cuenta la edad, posición social, profesión y poder adquisitivo de la persona muerta.." (S. 10-7-928).

"Aun cuando suele hablarse de abuso del Derecho en varios sentidos, concibiéndolo algunos como el - ejercicio de un derecho en forma anormal en cuanto a su intensidad, calificando otros como abusivo el ejercicio del derecho que, revistiendo formas desacostumbradas y particularmente incómodas para terceros, comprometa su normal goce por ellos, creando una desproporción objetiva entre la utilidad del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias - con que los terceros cargan, y atribuyendo finalmente otros a la expresión el sentido técnico más restringido de acto de emulación que consistiría en el ejercicio de un derecho sin utilidad propia y solo para perjudicar a los demás .... ; los derechos, productos sociales como el Derecho mismo, encuentran su origen en la comunidad, de la cual obtienen su espíritu y finalidad, existen para ella y por ella, cada uno de ellos tiene su razón de ser y su misión que cumplir, cada uno de ellos es dirigido hacia un fin , y no atañe a su titular desviarlo del mismo; son elaborados por la sociedad, y no la sociedad para ellos; su finalidad -

hállase fuera y por encima de ellos mismos; no son pues absolutos, sino relativos; deben ser ejecutados en el plano de la institución, conforme a su espíritu, sin que sigan una falsa dirección .....  
...; un acto cumplido conforme a un derecho subjetivo determinado puede hallarse en conflicto con el Derecho en general, con el derecho objetivo, con la "juricidad", siendo ese conflicto el que los romanos ya habían percibido y tradujeron con la conocida máxima "summum ius, summa iniuria", cuando, por el contrario, en todo caso es el móvil y es el fin lo que hay que considerar; el fin es susceptible de justificar a menudo los medios empleados, pero en ningún caso los medios justifican el fin, pues esto implicaría trastocar la moral, implicaría a la vez una inmoralidad y un absurdo y un camino ampliamente abierto a la mala fe y al fraude, por lo que precisa que el Derecho permanezca siendo la ciencia definida en Roma por el jurisconsulto Celso : "ars boni et aequi", la escuela de la probidad y de la equidad. La teoría del abuso del derecho es a

la vez objetiva si se hace referencia al criterio de la función social de cada uno de nuestros derechos .... desde este punto de vista la teoría es de orden social, como el criterio mismo que constituye el punto central; pero para llegar a esta conclusión es necesario preocuparse de la conducta de la gente, así como de su mentalidad; es necesario saber por qué ha actuado, saber cómo y si ha obedecido a un motivo legítimo, es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva; y desde este punto de vista, y en esta medida, la teoría del abuso adopta en sí un sentido si no intencional, sí al menos subjetivo. Siendo los derechos subjetivos relativos, han de ejercerse en función del fin por el cual el ordenamiento jurídico los reconoce, o sea, no pueden actuar fuera del plano de la institución judicial, lo que significa estar no frente a una mera teoría, sino ante un "principio general de Derecho" impuesto por la juridicidad; si, en efecto, el derecho subjetivo es un poder jurídico atribuido a una voluntad y con aptitud para satisfacer intereses humanos;

si esos intereses tutelados por el Derecho objetivo son de esa especie; si la norma legal, el Derecho -  
tiende hacia la consecución de un fin, que es el de la convivencia humana para alcanzar la paz social, y a tutelar los valores sin los cuales esa conviven  
cia queda lesionada, hay que concluir que los Derechos subjetivos no constituyen medios para desviar el fin del Derecho. La jurisprudencia más reciente ha admitido dicho principio, estableciendo la senten  
cia de 14-2-944 que integran el concepto de abuso -  
del derecho los siguientes elementos esenciales :  
uso de un derecho objetivo o extremadamente legal;  
daño a un interés no protegido por una específica -  
prerrogativa jurídica; inmoralidad o antisocialidad de ese daño manifestado en forma subjetiva .....  
o bajo forma objetiva; declarando que, lejos de exis  
tir en nuestro sistema jurídico precepto alguno que impida la aceptación del principio prohibitivo del  
abuso del derecho, se registran, a través de algunas reglamentaciones muy modernas, e incluso también a  
través del articulado del Código Civil numerosas nor  
mas e instituciones concretas que responden a la idea



de que la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, o que, con análogo alcance recogen el principio de la buena fe como criterio general que ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; siendo también de notar que el artículo 1902 al establecer el principio fundamental ..... permite admitir, con una interpretación amplia, que pueda alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos, sin que existan por otra parte razones legales que impidan dar a los conceptos de abuso y de culpa toda la extensión y amplitud que demandan las exigencias morales impuestas por las características del vivir social actual, incluyendo en el ámbito del abuso del derecho todos los móviles ilegítimos de cualquier clase que puedan determinar la conducta del titular, bien tengan la característica externa de la intención de dañar, o ya consistan únicamente en simples faltas que se traduzcan en una utilización anormal del derecho de que se trate, no adecuada a su verdadero espíritu y finalidad, doctrina legal recientemente confir

mada por la sentencia de 24-2-959" (S.22-9-959).

"A diferencia de otros ordenamientos extranjeros, que se ocupan del ejercicio abusivo del derecho centrándolo en el ánimo de dañar a otro con carácter único e indudable, el nuestro sólo aisladamente y en determinadas instituciones regula el abuso, sancionando la conducta del sujeto con ciertas específicas medidas..... artículos 520 y 529, entre otros, del - Código Civil, y el noveno del actual cuerpo legal de Arrendamientos Urbanos.... , dando ello a entender - la necesidad de que el acto o actos del titular del derecho revistan alguna intensidad dañosa en el patrimonio ajeno y que además se alcance por un somero análisis del caso; pero aun sin estatuir principios generalmente válidos, a partir de la sentencia de - 14-2-944 ya se perfila la teoría con caracteres más concretos y acusados ..... requisitos que de consuno forman la teoría del llamado abuso del derecho según la moderna jurisprudencia patria, que no es posible extender por el respeto a la seguridad jurídica, primordial postulado del derecho positivo, que consagra

las facultades jurídicas de los sujetos en la vida de la relación interhumana o social ....; faltando por consiguiente el preceptivo requisito, exigido por la jurisprudencia, del mero interés sin garantía jurídica para otorgarle eficacia por la doctrina del abuso del derecho, o sea el daño no garantizado en Derecho, para su reparación, por una específica prerrogativa del ordenamiento positivo". - (S. 25-11-960).

Parece que con las sentencias anteriormente relatadas queda la conclusión suficientemente ex - plicada sin necesidad de ampliar nada más que sinceramente no se haya dicho ya en el cuerpo de este trabajo, y que, por otra parte, cree el doctorando - que con la atenta lectura de las sentencias citadas se observa de modo claro y concreto hasta qué punto hace el juzgador uso de conceptos que son cada uno de ellos expresión de un fenómeno sociológico.

La consecuencia que emerge de este trabajo y a la que hacíamos alusión al inicio de estas conclusiones, es que el campo de investigación escogido - es apasionante, pues las resoluciones judiciales recogen en sí la vida de un país, reflejando tanto - sus instituciones como la forma dinámica de esa vida, dando al estudioso la posibilidad de introducir se en un campo real integrado por realidades huma - nas, sociológicas y jurídicas donde aprender y se - guir la evolución de ese determinado país en cuanto a los fenómenos referidos.

Intentará, pues, el doctorando continuar su labor en este interesante campo que, sin duda, le pro - porcionará agradables y prácticas experiencias.

- 463 -

N O T A S

N O T A S

- 1.- CODIGO CIVIL, "Exposición de Motivos", Decreto 1836/74, de 31 de Mayo, modificando el Título Preliminar del C.C. B.O.E. nº 163, de 9 de Julio de 1974.
- 2.- C.H. COOLEY, "Social Organization", Edit. Charles Schibner's Sons, Nueva York, 1909. Pág. 28.
- 3.- E. DURKHEIM, "Las reglas del método sociológico", Edit. La Pléyade, Buenos Aires, s/f. Págs. 47 y 61.
- 4.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Edit. Bosch, Barcelona, s/f. Pág. 7.
- 5.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 10.
- 6.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Págs. 17 y 18.
- 7.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 97.
- 8.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Edit. Bosch, Barcelona, 1961. Pág. 335.
- 9.- VALENTIN SILVA MELERO, "La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas", Discurso leído como Presidente del T.S. en la solemne apertura de los Tribunales el 15 de Septiembre de 1973. Pág. 37.

- 10.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración juris  
prudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit, Pág.10.
- 11.- JOSEF ESSER, Op. cit, Págs. 159 y 160.
- 12.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 13.
- 13.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del De-  
recho. Interpretación creadora y arbitrio judicial" .  
Op. loc. cit. Pág. 7.
- 14.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 18.
- 15.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Edit. -  
Bosch, Barcelona, 1975. Pág. 651.
- 16.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del De-  
recho. Interpretación creadora y arbitrio judicial".  
Op. loc. cit. Pág. 76.
- 17.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 47.
- 18.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 130.
- 19.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 194.
- 20.- ROSCOE POUND, "Introducción a la Filosofía del Derecho", -  
Edit. Tea, Buenos Aires, 1972. Pág. 85.
- 21.- ROSCOE POUND, Op. cit. Pág. 87.
- 22.- VALENTIN SILVA MELERO, "La certeza del Derecho en relación  
con la misión de los juristas", Op. loc. cit. Pág. 33.
- 23.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. -  
cit. Pág. 659.

- 24.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, Op. cit. Pág. 663.
- 25.- HANS KELSEN, "La teoría del Derecho", Trad. de Moisés Nilve.  
Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1971. Pág. 47.
- 26.- GUSTAV BOEHMER, "Praxis der Richterlichen Rechtsschöpfung",  
J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1952. Pág. 14.
- 27.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit.  
Pág. 577.
- 28.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Real  
Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975. -  
Pág. 124.
- 29.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral",  
T.I., V.I., Edic. revisada por José Luis de los Mozos. Edit.  
Reus. Madrid 1975, Pág. 553.
- 30.- LUIS DIEZ PICAZO, "Instituciones de Derecho Civil", V.I y II,  
segunda edición. Edit. Tecnos, Madrid, 1974. Pág. 167.
- 31.- ALFONSO COSSIO CORRAL, "Instituciones de Derecho Civil", 1, -  
Alianza Universidad. Edit. Alianza. Madrid, 1975. Pág. 55.
- 32.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit.  
Pág. 665.
- 33.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho.  
Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit.  
Pág. 221.
- 34.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit.  
Pág. 672.



- 35.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Presentación de Luis García San Miguel, Edit, Guadarrama, Madrid, 1967. Pág. XVI.
- 36.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado", Op. loc. cit. Pág. 362.
- 37.- JOSE PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 201.
- 38.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Op. - loc. cit. Pág. 35.
- 39.- VALENTIN SILVA MELERO, "La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas", Op. loc. cit. Pág. 31.
- 40.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Págs. 576 y 577.
- 41.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 34.
- 42.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, Op. cit. Pág. 125,
- 43.- JOSE PUIG BRUTAU, " La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 222.
- 44.- WALTON HAMILTON, "Judicial Process", Encyclopaedia of Social Sciencies, VIII. Pág. 451.
- 45.- JOSE PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 183.

- 46.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 185.
- 47.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 222.
- 48.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 10.
- 49.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 19.
- 50.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 25.
- 51.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 37.
- 52.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 81.
- 53.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 130.
- 54.- GIORGIO DEL VECCHIO, "Filosofía del Derecho", Edit. Bosch, Barcelona, 1969. Pág. 370.
- 55.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Págs. - 77 y 78.
- 56.- GUSTAVO RADBRUCH, "Filosofía del Derecho", Edit. Rta. de - Derecho Privado (Erik Wolf, 165, Koehler), Madrid, 1959. Pág. 233.
- 57.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Págs. - 130 y 131.
- 58.- JOSE PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Págs. 206 y 207.
- 59.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 221.

- 60.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 8.
- 61.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Págs. - 313 y 314.
- 62.- VALENTIN SILVA MELERO, "La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas", Op. loc. cit. Pág. 30.
- 63.- JOSE PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 236.
- 64.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", - Parte general, T.I., tercera edición, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955, Pág. 547.
- 65.- CODIGO CIVIL, Exposición de Motivos cit.
- 66.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", segunda edición, Edit. Bosch. Barcelona, 1973. Pág. 73.
- 67.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral", Op. loc. cit. Pág. 397.
- 68.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 73.
- 69.- ALFONSO COSSIO CORRAL, "Instituciones de Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 34.
- 70.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, "Fuentes del Derecho", Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T.X, Edit. Seix, Barcelona, 1971. Pág. 208.
- 71.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, Op. cit. Pág. 208.

- 72.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, Op. cit. Pág. 209.
- 73.- CODIGO CIVIL, Exposición de Motivos cit.
- 74.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, "Interpretación de las Leyes",  
Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T.XIII, Edit. Seix,  
Barcelona, 1968. Pág. 259.
- 75.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, Op. cit. Pág. 259.
- 76.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España",  
Op. loc. cit. Pág. 495.
- 77.- JOSE CASTAN TOBENAS, "Derecho Civil español, común y fo-  
ral", Op. loc. cit. Pág. 523.
- 78.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", Op. loc. cit.  
Pág. 129.
- 79.- LUDWIG ENNECCERUS, "Derecho Civil", decimo tercera edic.,  
revisada por Hans Carl Nipperdey, Trad. de la 39 edic.  
alemana con estudios de comparación y adaptación a la  
legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez  
González y José Alguer. V.I, segunda edic. al cuidado  
de José Puig Brutau. Edit. Bosch, Barcelona, 1953. -  
Pág. 117.
- 80.- JOSE PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del De-  
recho. Interpretación creadora y arbitrio judicial",  
Op. loc. cit. Pág. 8.
- 81.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 12.
- 82.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 21.
- 83 - FEDERICO PUIG PEÑA, "Compendio de Derecho Civil español",  
Edit. Arauza, Pamplona, 1971. Pág. 115.

- 84.- FRANCISCO BONET RAMON, "Compendio de Derecho Civil", Edit. Rta. de Derecho Privado, Madrid, 1959, Pág. 167.
- 85.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", Op. loc. cit. Pág. 495.
- 86.- DIEGO ESPIN CANOVAS, "Manual de Derecho Civil español", - V.I., Parte general, quinta edic. Edit. Rta. de Derecho Financiero, Madrid, 1974, Pág. 145.
- 87.- LUIS DIEZ PICAZO, "Instituciones de Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 181.
- 88.- JOSE PUIG BRUTAU, "La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 93.
- 89.- ELIAS DIAZ, "Sociología y Filosofía del Derecho", Edit. - Taurus, Madrid, 1974, Pág. 113.
- 90.- GIORGIO DEL VECCHIO, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 437.
- 91.- ROSCOE POUND, "Introducción a la filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 69.
- 92.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 204.
- 93.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 205.
- 94.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 311.

- 95.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 323.
- 96.- JOSEF ESSER, Op. cit. Págs. 326 y 327.
- 97.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 327.
- 98.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 331.
- 99.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial". Op. loc. cit. Pág. 146.
- 100.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 187.
- 101.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 203.
- 102.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 131.
- 103.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 138.
- 104.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 138.
- 105.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 139.
- 106.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, "Interpretación de las Leyes", Op. loc. cit. Pág. 260.
- 107.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op. - loc. cit. Pág. 118.
- 108.- KARL ENGISCH, Op. cit. Pág. 120.
- 109.- ELIAS DIAZ, "Sociología y filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 114.
- 110.- Cfr. ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 115.
- 111.- ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 115.
- 112.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op. loc. cit. Pág. 116.

- 95.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 323.
- 96.- JOSEF ESSER, Op. cit. Págs. 326 y 327.
- 97.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 327.
- 98.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 331.
- 99.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial". Op. loc. cit. Pág. 146.
- 100.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 187.
- 101.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 203.
- 102.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 131.
- 103.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 138.
- 104.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 138.
- 105.- JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 139.
- 106.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, "Interpretación de las Leyes", Op. loc. cit. Pág. 260.
- 107.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op. - loc. cit. Pág. 118.
- 108.- KARL ENGISCH, Op. cit. Pág. 120.
- 109.- ELIAS DIAZ, "Sociología y filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 114.
- 110.- Cfr. ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 115.
- 111.- ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 115.
- 112.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op. loc. cit. Pág. 116.

- 113.- KARL ENGISCH, Op. cit. Pág. 124.
- 114.- KARL ENGISCH, Op. cit. Pág. 125.
- 115.- KARL ENGISCH, Op. cit. Pág. 136.
- 116.- ELIAS DIAZ, "Sociología y Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 116.
- 117.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op. loc. cit. Pág. 117.
- 118.- ELIAS DIAZ, "Sociología y Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 116.
- 119.- ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 116.
- 120.- ROSCOE POUND, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 84.
- 121.- ROSCOE POUND, Op. cit. Pág. 85.
- 122.- ELIAS DIAZ, "Sociología y Filosofía del Derecho" Op. loc. - cit. Pág. 118.
- 123.- ROSCOE POUND, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 84.
- 124.- GIORGIO DEL VECCHIO, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 435.
- 125.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op. - loc. cit. Pág. 169.
- 126.- Cfr. ELIAS DIAZ, "Sociología y Filosofía del Derecho", Op. - loc. cit. Pág. 126.



- 127.- ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 125.
- 128.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 130.
- 129.- Cfr. ELIAS DIAZ, "Sociología y Filosofía del Derecho", Op. - loc. cit. Pág. 121.
- 130.- Cfr. ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 122.
- 131.- Cfr. ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 122.
- 132.- ELIAS DIAZ, Op. cit. Pág. 124.
- 133.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 23.
- 134.- Cfr. JOSE PUIG BRUTAU, Op. cit. Pág. 94.
- 135.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 256.
- 136.- ELIAS DIAZ, "Sociología y Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 123.
- 137.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral", Op. loc. cit. Pág. 515.
- 138.- EMILIO BETTI, "Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos", Trad. y prólogo de José Luis de los Mozos. Edit. de Derecho Financiero. R.D.P. Madrid, 1975.
- 139.- CODIGO CIVIL, Exposición de Motivos cit.
- 140.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", Librería Bosch, Barcelona, 1974, Pág. 93.

- 141.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", Op. loc. cit. Pág. 165.
- 142.- FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado de Derecho Civil", Op. loc. - cit. Pág. 102.
- 143.- LUIS DIEZ PICAZO, "Instituciones de Derecho Civil", Op. - loc. cit. Pág. 162.
- 144.- FRANCISCO BONET RAMON, "Compendio de Derecho Civil", Op. - loc. cit. Pág. 144.
- 145.- DIEGO ESPIN CANOVAS, "Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. - 134.
- 146.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, "Fuentes del Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 233.
- 147.- BOULANGER, "Etudes sur le rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi". Conf. en la Ass. Henri - Capitant 25-2-1949. Trav. Ass. Capitant V (1951). Págs. 61 ss.
- 148.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 28.
- 149.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 171.
- 150.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 199.
- 151.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 323.
- 152.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 252.
- 153.- VALENTIN SILVA MELERO, "La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas", Op. loc. cit. Pág. 36.

- 154.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op. loc. cit. Pág. 240.
- 155.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 354.
- 156.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 169.
- 157.- FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado de Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 103.
- 158.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 11.
- 159.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 3.
- 160.- JOSEF ESSER, Op. cit. Págs. 12 y 13.
- 161.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 4.
- 162.- JOSEF ESSER, Op. cit. Págs. 3 y 4.
- 163.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. - loc. cit. Pág. 193.
- 164.- CODIGO CIVIL, Exposición de Motivos cit.
- 165.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. - cit. Pág. 552.
- 166.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", Op. loc. cit. - Pág. 101.
- 167.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. - cit. Pág. 554.
- 168.- Cfr. JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 322.

- 169.- SAVIGNY, "Sistema del Derecho Romano actual", T.I. Madrid, 1878. Pág. 197.
- 170.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral", Op. loc. cit. Pág. 547.
- 171.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 552.
- 172.- JOSE ENRIQUE GREÑO, "Analogía jurídica", Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T.II., Edit. Seix. Barcelona, - 1950. Pág. 647.
- 173.- ALFONSO COSSIO CORRAL, "Derecho Civil", Op. loc. cit. - Pág. 53.
- 174.- LUDWIG ENNECCERUS, "Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 212.
- 175.- Cfr. FRANCISCO BONET RAMON, "Compendio de Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 185.
- 176.- FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado de Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 123.
- 177.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 102.
- 178.- FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Instituciones de Derecho Civil español", Edit. Juan Lueyo. Madrid, 1941. Pág. 52.
- 179.- Cfr. JOSE ENRIQUE GREÑO, "Analogía Jurídica", Op. loc. - cit. Pág. 645.
- 180.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", - Op. loc. cit. Pág. 44.

- 181.- LUIS DIEZ PICAZO, "Instituciones de Derecho Civil", Op.  
loc. cit. Pág. 202.
- 182.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc.  
cit. Pág. 555.
- 183.- EUGENIO CUELLO CALON, "Derecho Penal", decimosexta edic.  
revisada y puesta al día por César Camargo Hernández. -  
Edit. Bosch. Barcelona, 1971. Pág. 211.
- 184.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración juris-  
prudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 133.
- 185.- CODIGO CIVIL, Exposición de Motivos cit.
- 186.- Cfr. ARTURO GALLARDO RUEDA, "Equidad", Nueva Enciclopedia  
Jurídica Seix, T.VIII., Edit. Seix. Barcelona, 1956. -  
Pág. 631.
- 187.- Cfr. ARTURO GALLARDO RUEDA, Op. cit. Pág. 631.
- 188.- Cfr. ARTURO GALLARDO RUEDA, Op. cit. Pág. 631.
- 189.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", Op. loc. cit.  
Pág. 102.
- 190.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", Op.  
loc. cit. Pág. 472.
- 191.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, Op. cit. Pág. 114.
- 192.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral",  
Op. loc. cit. Págs. 484 y 485.
- 193.- Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España",  
Op. loc. cit. Pág. 471.

- 194.- DIEGO ESPIN CANOVAS, "Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 152.
- 195.- FRANCISCO BONET RAMON, "Compendio de Derecho Civil", - Op. loc. cit. Pág. 154.
- 196.- Cfr. ARTURO GALLARDO RUEDA, "Equidad", Op. loc. cit. - Pág. 633.
- 197.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del - Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. loc. cit. Pág. 103.
- 198.- JOSE LUIS DE LOS MOZOS, "La equidad en el Derecho Civil español", R.G.L.J., Julio-Agosto, 1972. T.XV. Pág. 7.
- 199.- CODIGO CIVIL, Exposición de Motivos cit.
- 200.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", - Op. loc. cit. Pág. 174.
- 201.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 35.
- 202.- FEDERICO PUIG PEREZ, "Lagunas del Derecho", Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T.XIV., Edit. Seix, Barcelona, 1971, Pág. 774.
- 203.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Págs. 544 y 545.
- 204.- FRANCISCO BONET RAMON, "Compendio de Derecho Civil", Op. loc. cit. Págs. 183 y 184.
- 205.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 321.

- 206.- LUIS DIEZ PICAZO, "Instituciones de Derecho Civil", Op.  
loc. cit. Pág. 196.
- 207.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, "Interpretación de las Leyes",  
Op. loc. cit. Pág. 263.
- 208.- Cfr. FEDERICO PUIG PEÑA, Op. cit. Pág. 263.
- 209.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, "Lagunas del Derecho", Op. loc.  
cit. Pág. 775.
- 210.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 211.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 212.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 213.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 214.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 215.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 216.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 217.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 218.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 219.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 220.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 775.
- 221.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", Op.  
loc. cit. Pág. 528.
- 222.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y fo-  
ral", Op. loc. cit. Pág. 545.
- 223.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, "Las Lagunas del Derecho", Op. loc.  
cit. Pág. 776.

- 224.- Cfr. FEDERICO PUIG PEREZ, Op. cit. Pág. 776.
- 225.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral",  
Op. loc. cit. Pág. 545.
- 226.- KARL ENGISCH, "Introducción al pensamiento jurídico", Op.  
loc. cit. Pág. 195.
- 227.- FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Las Fuentes del Derecho Civil",  
Imp. Clásica Española. Madrid, 1922.
- 228.- GUSTAV BOEHMER, "Praxis der Richterlichen Rechtsschöpfung",  
Op. loc. cit. Pág. 17.
- 229.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral",  
Op. loc. cit. Pág. 544.
- 230.- CODIGO CIVIL, Exposición de Motivos cit.
- 231.- ENRIQUE LALAGUNA, "Jurisprudencia", Nueva Enciclopedia Ju-  
rídica Seix, T.XIV., Edit. Seix, Barcelona 1971. Pág.605.
- 232.- LUIS DIEZ PICAZO, "Estudios sobre la jurisprudencia civil",  
Prólogo a la primera edic., segunda edic. Edit. Tecnos.  
Madrid, 1973. Págs. 1 a 13.
- 233.- ROSCOE POUND, "El espíritu del Common Law", Trad. de J. -  
Puig Brutau. Barcelona, s/f. Pág. 172.
- 234.- LUIS DIEZ PICAZO, "Estudios sobre la jurisprudencia civil",  
Op. loc.cit. Pág. 3.
- 235.- Cfr. LUIS DIEZ PICAZO, Op. cit. Pág. 2.
- 236.- FEDERICO PUIG PEÑA, "Tratado de Derecho Civil", Op. loc. -  
cit. Pág. 108.



- 237.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 15.
- 238.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, Op. cit. Pág. 11.
- 239.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. - loc. cit. Pág. 211.
- 240.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág. 178.
- 241.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 208.
- 242.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 213.
- 243.- LUIS DIEZ PICAZO, "Estudios sobre la jurisprudencia civil", Op. loc. cit. Pág. 8.
- 244.- LUIS DIEZ PICAZO, Op. cit. Pág. 11.
- 245.- LUIS DIEZ PICAZO, Op. cit. Pág. 2.
- 246.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 37.
- 247.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Págs. - 23 y 24.
- 248.- JOSEF ESSER, Op. cit. Pág. 357.
- 249.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. - loc. cit. Pág. 232.
- 250.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. - cit. Pág. 161.

- 251.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág.177.
- 252.- Cfr. TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 28
- 253.- MANUEL ALBALADEJO GARCIA, "Derecho Civil", Op. loc. cit. Pág. 110.
- 254.- EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", Rta. de Admon. Pública, nº 40. Madrid, 1963. Pág. 189.
- 255.- TOMAS OGAYAR Y AYLLON, "Creación judicial del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 19.
- 256.- ROSCOE POUND, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 85.
- 257.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Págs. 578 y 579.
- 258.- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho Civil de España", - Op. loc. cit. Pág. 554.
- 259.- DIEGO ESPIN CANOVAS, "Derecho Civil", Op. loc. cit. Págs. 35 y sgtes.
- 260.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, "Derecho Civil español, común y foral", Op. loc. cit. Pág. 495.
- 261.- JOSE CASTAN TOBEÑAS, Op. cit. Pág. 496.
- 262.- JOSE PULG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", Op. - loc. cit. Pág. 16.

- 274.- JOSEF ESSER, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Op. loc. cit. Pág.376.
- 275.- LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Op. loc. cit. Pág. 580.
- 276.- JOSE PUIG BRUTAU, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial", - Op. loc. cit. Pág. 234.

B I B L I O G R A F I A

## B I B L I O G R A F I A

### DOCTRINAL ESPAÑOLA

- ALBALADEJO GARCIA, Manuel, "El reconocimiento de la filiación natural". Edit. Bosch. Barcelona, 1954.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel, "La Jurisprudencia". Rta. del Derecho Privado. Madrid, 1970. Págs. 544 ss.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel, "Derecho Civil". Edit. Bosch. Segunda edic. Barcelona, 1974.
- ALCALA ZAMORA Y TORRES, Niceto, "La Jurisprudencia y la vida - del Derecho". Discurso leído en acto de su recepción el 22 de Febrero de 1920. Academia de Ciencias Morales y - Políticas. Imprenta de Julián Espinosa, Madrid, 1920.
- ANGLADA, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho". Est. Cas tán, V. IV, Pág. 69. Pamplona, 1969.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro, "Doctrina procesal contencioso admi nistrativa del T.S.". Desde Ley 27-12-1956 al 31-12-1962. Edit. Aguilar. Madrid, 1963.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro, "Sentencias congruentes". Edit. Agu iar. Madrid, 1957.
- BARRIO Y MORAYTA, Lorenzo, "Espíritu de la Jurisprudencia espa ñola". Ap. 2ª, años 1909 y 1910. La Editora. Madrid, 1912.

- BELTRAN DE HEREDIA, P. "Reflexiones en torno al método jurídico". Rta. de Derecho Privado. Págs. 695 a 706. Madrid, 1961.
- BONET RAMON, Francisco, "Compendio de Derecho Civil". T.I. - Edit. Rta. de Derecho Privado. Madrid, 1959.
- CASTAN TOBEÑAS, José, "La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad". Discurso leído en solemne apertura de los Tribunales el 15 de Septiembre de 1953. Edit. Reus. Madrid, 1953.
- CASTAN TOBEÑAS, José, "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea". Discurso leído en su recepción en la R.A. de Ciencias Morales y Políticas el día 4 de Junio de 1950. Edit. Reus. Madrid, 1950.
- CASTAN TOBEÑAS, José, "Evolución jurídica y progreso jurídico". Conf. en Universidad de Deusto el 16 de Abril de 1956. Bibl. Arte. Bilbao, 1956.
- CASTAN TOBEÑAS, José, "La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho". Tipografía de Nogués. Murcia, 1946. Universidad de - Murcia. Publicaciones del Seminario de Derecho Privado.
- CASTAN TOBEÑAS, José, "La idea de la equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines". Discurso leído en la solemne apertura de los Trib. el año 1950. Edit. Reus. Madrid. 1950.
- CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil español, común y foral". T.I., V.I. Decimoprimerá edic. revisada por J.L. de los Mozos. Edit. Reus. Madrid, 1975.

- CASTAN TOBEÑAS, José, "La idea de equidad en las letras españolas". Discurso leído en su recepción en la R.A. de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1949.
- CASTAN TOBEÑAS, José, "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho". Edit. Reus. Madrid, 1947.
- CORNIERO SUAREZ, Alejandro, "El Tribunal Central de Trabajo y su doctrina". Edit. Hispano Europea. Barcelona, 1959.
- COSSIO, Carlos, "La norma y el imperativo". Anuario de Filosofía del Derecho. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1959.
- COSSIO, Carlos, "Ciencia del Derecho y Sociología jurídica". T.I. Estudios jurídicos sociales. Págs. 259-321.
- COSSIO CORRAL, Alfonso, "Instituciones de Derecho Civil". 1, Alianza Universidad. Edit. Alianza. Madrid, 1975.
- CUELLO CALON, Eugenio, "El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar". Doctrina científica. Comentario del Texto legal. Ley - de 12 de Marzo de 1942. Edit. Bosch. Barcelona, 1942.
- CUELLO CALON, Eugenio, "Derecho Penal", decimo sexta edic. revisada y puesta al día por César Camargo Hernández. - Edit. Bosch. Barcelona, 1971-1972.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "La ciencia libre del Derecho - ¿es fuente primaria del Derecho?". Anuario de Derecho Civil. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1948.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Las condiciones de los contratos y la eficacia de las leyes". Edit. Civitas. Madrid, 1975.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Derecho Civil de España", Parte General, T.I., tercera Edit. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Compendio de Derecho Civil", Quinta edic. Edit. Marisal. Madrid, 1970.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, "Fuentes del Derecho Civil español". Imprenta clásica española. Madrid, 1922.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, "El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil español". Discurso leído en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, antología de discursos. Madrid, 1918.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, "La analogía en el Código Civil". Rta. de Derecho Privado, 1913-1914. Pág. 370.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, "De las lagunas de la Ley". Discurso - leído en el día 21 de Enero de 1944 en el acto de apertura del curso 1943-1944. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, "Instituciones de Derecho Español". - Edit. Juan Lueyo. Madrid, 1941.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, "Los principios generales del Derecho y la doctrina legal como fuentes jurídicas del España". - R.G.L. y J., T.170, 1941. Pág. 340.



- DE DIEGO, Felipe Clemente, "La jurisprudencia como Fuente del Derecho". Edit. Reus. Madrid, 1925.
- DE LOS MOZOS, José Luis, "El Derecho natural en la formación del Derecho Civil". Libro homenaje al Prof. Castán, - T.VI. Pamplona, 1969.
- DE LOS MOZOS, José Luis, "La equidad en el Derecho Civil español". Rta. Gral. de Legislación y Jurisprudencia. Julio-Agosto, 1972. T.LXV. Pág. 7.
- DEL ROSAL, Juan, "Comentarios a la doctrina penal del T.S.". Edit. Aguilar. Madrid, 1961.
- DIAZ, Elias, "Sociología y Filosofía del Derecho". Edit. Taurus. Madrid, 1974.
- DIEZ PICAZO, Luis, "Reflexiones sobre la jurisprudencia del - T.S. Jurisprudencia en broma y en serio". Rta. de Derecho Privado. Madrid, Noviembre, 1964.
- DIEZ PICAZO, Luis, "Estudios sobre la Jurisprudencia Civil", - T.I., segunda edic., 1973, T.II. segunda edic., 1975. - Edit. Tecnos. Madrid.
- DIEZ PICAZO, L., y GULLON, A., "Sistema de Derecho Civil". V.I. Edit. Tecnos. Madrid, 1975.
- DIEZ PICAZO, Luis, "La interpretación de la Ley". Anuario de - Derecho Civil, 1970. Pág. 711.
- DIEZ PICAZO, L., y GULLON, A., "Instituciones de Derecho Civil". V.I. y II., Segunda Edic. Edit. Tecnos. Madrid, 1974.
- ESPIN CANOVAS, Diego, "Manual de Derecho Civil español". V.I. - Parte general, quinta edic. Rta. de Derecho Privado. Edit. Rta. de Derecho Financiero. Madrid, 1974.

- GALLARDO RUEDA, Arturo, "Equidad", Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. T.VIII. Edit. Seix. Barcelona, 1956, Págs. 631 a 634.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo". Rta. de Admon. Pública, nº 40, Enero-Abril, - 1963. Págs. 189 a 222.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Lógica del raciocinio jurídico". Fondo de Cultura Económica. Méjico, 1964.
- GARCIA VALDECASAS, Alfonso, "Las creencias sociales y el Derecho". Academia de Ciencias Morales y Políticas. Antología. V.II. Pág. 1074.
- GREÑO, José Enrique, "Analogía". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. T.II. Edit. Seix. Barcelona, 1950. Págs. 645 a 653.
- GUTIERREZ DE CAVIEDES, Eduardo, "La función del Derecho Procesal en la vida judicial". Anales de la cátedra Francisco Suárez, nº 13. Págs. 67 ss. Granada, 1973.
- HERNANDEZ GIL, Antonio, "Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)". Edit. Rta. de Derecho Privado. Madrid, 1945.
- HERNANDEZ GIL, Antonio, "Metodología de la ciencia del Derecho" T.I.: Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. T.II.: Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia positiva. Gráficas Uguina. Madrid, 1971.

HERNANDEZ GIL, Antonio, "Perspectiva sociológico-jurídica de la persona". Edit. Benzal. Madrid, 1968.

HERNANDEZ GIL, Antonio, "Creación judicial del Derecho". Discurso - del académico electo Excmo. Sr. D. Tomas Ogayar y Ayllon leído en el acto de su recepción pública el día 3 de Marzo de - 1975, y contestación del Excmo. Sr. Hernández Gil. R.A.J. y L. Madrid, 1975.

HERNANDEZ GIL, Antonio, "Ciento cincuenta sentencias del T.S.", - por Juan Manuel Fanjul Sedeño. Prólogo de Hernández Gil. - Edit. Tecnos. Madrid, 1973.

HERNANDEZ GIL, Antonio "Problemas epistemológicos de la ciencia - jurídica". Cuadernos Civitas. Madrid, 1976.

HERNANDEZ GIL, Antonio, "Sociologia del Derecho y sociologismo jurídicos". Estudios jurídicos en homenaje a D. Joaquín Garrigues. T.II. Pág. 451.

HERRERA FIGUEROA, Miguel, "Sociología del Derecho". Edit. Depalma. Buenos Aires, 1968.

LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, "Elementos de Derecho Civil". V.I., parte general. Edit. Bosch. Barcelona, 1974.

LALAGUNA, Enrique, "Jurisprudencia" Nueva Enciclopedia jurídica - Seix. T. XIV, Edit. Seix. Barcelona, 1971. Págs. 597 a 630.

LALAGUNA, Enrique, "Jurisprudencia y Fuente del Derecho". Edit. - Aranzadi. Pamplona, 1969. Págs. 150 a 153.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Filosofía del Derecho". Cuarta Edic. Edit. Bosch. Barcelona, 1975.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Derecho y Libertad", Edit. Valerio Abeledo. Buenos Aires, 1952.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Los principios generales del Derecho". - Rta. Instituto de Derecho Comparado. Madrid, 1962. Pag.51.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico". Anuario de Filosofía del Derecho, nº 5 (1957), Págs. 1 ss., y nº 6 (1959), Págs. 1 ss.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "La plenitud del orden jurídico". R.C.D.I., 1940. Pag. 112.

LOPEZ ALARCON, "La equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil". Doc. jur., nº 4. 1974. Pág. 1245,

LUZON DOMINGO, Manuel, "Derecho Penal del T.S.". Síntesis crítica de la moderna jurisprudencia. Edit. Hispano Europea. - Barcelona 1964.

MANRESA Y NAVARRO, J. María, "Comentarios al Código Civil español". Instituto edit. Reus. Madrid, 1952 a 1973.

MARTINEZ VAL, José María, "Los horizontes psicológico y sociológico de Derecho penal" (Publicado en la R.G.L. y J., Mayo 1959). Edit. Reus. Madrid, 1959.

MARTINEZ VAL, José María "El horizonte filosófico del Derecho Penal". (Publicado en la R.G.L. y J., Marzo, 1958). Edit. - Reus. Madrid, 1958.

MARTINEZ VAL, José María, "La jurisprudencia penal: su valor y metodología aplicativa". Publicaciones del Instituto de Estudios Manchegos. Ciudad Real, 1961.

OGAYAR Y AYLLON, Tomás, "Creación judicial del Derecho". Discurso leído en su nombramiento como académico. R.A.J.yL. Madrid, 1975.

OLLERO, Andrés, "Equidad, Derecho y Ley". Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 13. Págs. 163 ss. Granada, 1973.

PEDRALS, Antonio, "La innovación jurídica". Edit. Edeval. Valparaíso (Chile)., 1976.

PELLA, Ramón, "La Jurisprudencia de propiedad industrial". Edit. Bosch. Barcelona, 1963-1972.

PRIETO CASTRO, Leonardo, "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil". Edit. Reus. Madrid, 1950.

PRIETO CASTRO, Leonardo, "Derecho Procesal Civil". Edit. Tecnos. Madrid, 1973.

PUIG BRUTAU, José, "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico". Estudio Preliminar de Edic. Ariel. Barcelona, 1950.

PUIG BRUTAU, José, "La Jurisprudencia como fuente del Derecho . Interpretación creadora y arbitrio judicial". Edit. Bosch. Barcelona. s/f.

PUIG PEÑA, Federico, "Fuentes del Derecho". Nueva Enciclopedia - Jurídica Seix. T.X. Edit. Seix. Barcelona, 1971. Págs. - 205 a 208.

PUIG PEÑA, Federico, "Los principios generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial". R.D.P., 1956. Pág. 1047.

PUIG PEÑA, Federico, "Fuentes del Derecho Civil". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. T.X. Edit. Seix. Barcelona, 1971. - Págs. 212 a 240.

- PUIG PEÑA, Federico, "Interpretación de las Leyes". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. XIII. Barcelona, 1968. Págs. 259 a 264.
- PUIG PEÑA, Federico, "Compendio de Derecho Civil español". Edit. Arauza, Pamplona, 1971.
- PUIG PEREZ, Federico, "Lagunas del Derecho". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. XIV, Edit. Seix, Barcelona, 1971, Págs. 775 y 776.
- RECASENS SICHES, Luis, "Filosofía". Edit. Porrúa S.A. Méjico.s/f
- RECASENS SICHES, Luis, "Unidad en el método de interpretación del Derecho". Vol. de varios autores "Estudios jurídicos sociales", homenaje al Prof. Legaz, Santiago de Compostela, 1960. T.I. Págs. 213 ss.
- RECASENS SICHES, Luis, "Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho". Edit. del Fondo de Cultura Económica. Méjico, 1956.
- RECASENS SICHES, Luis, "Vida humana, Sociedad y Derecho". Edit. Porrúa. Méjico, 1952.
- RECASENS SICHES, Luis, "Tratado general de Filosofía del Derecho". Edit. Porrúa. Méjico, 1963.
- RECASENS SICHES, Luis, "El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica". Anuario de Filosofía. - Edit. del Fondo de Cultura Económica. Méjico, 1956.
- RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., "Concepto y fuentes del Derecho civil español". La problemática de la libertad jurídica. Edit. Bosch. Barcelona, 1956.

- RODRIGUEZ ITURBE, José, "El concepto de Derecho en la doctrina española actual". Edit. Universidad de Navarra, S.A. - Pamplona, 1967.
- RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel, "Doctrina Civil del T.S.". Segunda edic. Edit. Aguilar. Madrid, 1961.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, José María, "Ley y Derecho". Edit. Tecnos. Madrid, 1975.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, José María, "El principio de plenitud del ordenamiento jurídico". R.G.L. y J., T. 235. Madrid, - 1973. Pág. 249.
- RODRIGUEZ VALCARCE, Francisco, "Posición psicológica de la Sociedad frente a la justicia del Estado". Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano. Edit. Reus. Madrid, 1959.
- ROMERO, "Las lagunas de la Ley y la analogía jurídica". R.G. L. y J. nº 229, 1970. Págs. 194 ss.
- RUIZ MIGUEL, J. Alfonso, "Los jueces en la creación del Derecho: un enfoque normativo". Tesina de licenciatura presentada en la Facultad Autónoma de Derecho en Octubre - de 1976.
- SANCHEZ DE LA TORRE, Angel, "Curso de Sociología del Derecho". Rta. de Derecho Privado. Madrid, 1965.
- SILVA MELERO, Valentín, "Jurisprudencia y evolución". Discurso leído como Presidente del T.S. en la solemne apertura de los Trib. el día 16 de Septiembre de 1974. B.O.E. Madrid, 1974.

SILVA MELERO, Valentín, "La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas". Discurso leído como Presidente del T.S. en la solemne apertura de los Trib. el día - 15 de Septiembre de 1973. Secretaría Técnica de la Presidencia del T.S. Madrid, 1973.

SOTO NIETO, Francisco, "El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación". Edit. Nauta. Barcelona, 1965.

SOTO NIETO, Francisco, "Cuestiones jurídicas, jurisprudencia - creadora". Edit. Montecorvo. Madrid, 1967.

SOTO NIETO, Francisco, "Derecho vivo". T.I. y II. Rta. de Derecho judicial. Madrid, 1971.

TOHARIA, José Juan, "El Juez español. Un análisis sociológico". Edit. Tecnos. Madrid. 1975.



DOCTRINAL EXTRANJERA

- BETTI, Emilio, "Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos". Trad. de J.L. de los Mozos. Edit. Rta. de Derecho Privado. Edit. Rta. de Derecho Financiero. Madrid, 1975.
- BIEDENKOPF, Kurt. H., "Die Betriebsrisikolehere als Beispiel - Richter Rechtsfortbildung". Verlag C.F. Müller. Karlsruhe, 1970.
- BOBBIO, Norberto, "Teoría della norma giuridica". Edit. Giappichelli. Torino, 1958.
- BOBBIO, Norberto, "Derecho y lógica". Trad. de Alejandro Rossi. Centro de Estudios Filosóficos. Méjico, 1965.
- BOBBIO, Norberto, "Studi per una teoria generale del Diritto". Edit. Giappichelli. Torino, 1970.
- BÖHME, Wolfgang (Hrsg.), "Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung". Verlag. C.F. Müller. Karlsruhe, 1968.
- BOEHMER, Gustav, "Praxis der Richterlichen Rechtsschöpfung". J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1952.
- BOEHMER, Gustav, "El Derecho a través de la Jurisprudencia". Edit. Bosch. Barcelona, 1959. Trad. de J. Puig Brutau.
- BOULANGER, "Etudes sur le rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi". Conf. en la Ass. Henri Capitant del 25-2-949. Trav. Ass. Capitant V. 1951.

- CARBONNIER, J., "Sociologie juridique". Armand Colin, Paris, 1972.
- CARDOZO, B.N., "Selected Writings". Nueva York, 1947.
- CARDOZO, B.N., "The Nature of the Judicial Process". Trad. de Carlos Cossio. Edit. Arayu. Buenos Aires, 1955.
- COOLEY, C.H., "Social Organization". Edit. Charles Schibner's Sons. Nueva York, 1909.
- D'AGOSTINO, F., "Il tema dell'equita nell antichita greca". Pubblicazioni dell'Instituto di Filosofia dell Diritto dell'Universita di Roma. Edit. Guiffre. Milán, 1973.
- DEL VECCHIO, Giorgio, "Filosofía del Derecho". 9 Edic. revisada - por Luis Legaz y Lacambra. Edit. Bosch. Barcelona. 1969.
- DEL VECCHIO, Giorgio, "Los Principios generales del Derecho". Trad. y Ap. de Ossorio Morales. Barcelona 1933.
- DUGUIT, León, "El pragmatismo jurídico". Librería Española y extranjera. Madrid, 1924.
- DURKHEIM, Emile, "Las reglas de método sociológico" Edit. La Pléyade. Buenos Aires, s/f.
- ENGISCH, Karl, "Logische Studien zur Gesetzesanwendung". Heidelberg., 1963. Carl Winter.
- ENGISCH, Karl, "La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales". Trad. de Juan José Gil Cremales. s/f.
- ENGISCH, Karl, " Introducción al pensamiento jurídico" Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Presentación de Luis García San Miguel. Edit. Guadarrama. Madrid, 1967.

- ENNECERUS, Ludwig, "Derecho Civil". Decimotercera Edic. revisada por Hans Carl Nipperdey. Trad. de la trigésimonovena - Edic. alemana con estudios de comparación y adaptación - a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer. V.I., segunda edic. al cuidado de José Puig Brutau. Edit. Bosch. Barcelona, 1953.
- ESCRICHE, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia". Madrid, 1831.
- ESSER, Albin, "Gesellschaftsgerichte in der Strafrechtspflege". J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1970.
- ESSER, Josef, "Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado". Trad. de Eduardo Valenti Fiol. Edit. Bosch. Barcelona, 1961.
- FECHNER, Erich, "Rechtsphilosophie". J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1956.
- FISCHER, Robert, "Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung" Verlag, C.F. Müller. Karlsruhe, 1971.
- FRANK, Jerome, "Derecho e incertidumbre". Trad. de Carlos Bibegain. Centro Editor de America Latina. Buenos Aires 1968.
- GENY, Francois, "Science et Technique en Droit Privé Positif". Edit. Sirey. Paris, 1927.
- GENY, Francois, "Methode d'interpretation et sources en Droit - Privé français". Paris, 1954.
- GURVITCH, Georges, "Elementos de sociología jurídica" Edit. Méjico. Méjico, 1948.

- HART, H.L.A., "El concepto del Derecho", Abeledo-Penot Pons. Buenos Aires, 1963.
- HECK, Philipp, "El problema de la creación del Derecho", Prólogo - y trad. de José Puig Brutau. Edit. Ariel, Barcelona, 1961.
- HENKEL, Heinrich, "Introducción a la Filosofía del Derecho". Fundamentos del Derecho. Verlag, C.H. Beck. ("Einführung in die Rechtsphilosophie"). Trad. de Enrique Gimbernat Ordeig. Edit. Taurus, Madrid, 1968.
- HOLMES, O.W., "The Path of the Law", Law Review, nº 10. Harvard, 1897.
- JELLINEK, George, "Aus gewählte Schriften im Reden", Verlag O. - Haring, 1911.
- KALINOWSKI, Georges, "Introducción a la lógica jurídica". Trad. de J.A. Carabón. Edit. Eudeba. Buenos Aires, 1973.
- KALINOWSKI, Georges, "Lógica del discurso normativo", Trad. de J.R. Capella. Edit. Tecnos. Madrid, 1975.
- KELSEN, Hans, "Probleme der Statrechtslehre", Oscar Brandsetter - Leipzig, s/f.
- KELSEN, Hans, "Derecho y paz en la relaciones internacionales". - Trad. de F.Acosta. México, 1943.
- KELSEN, Hans, "Über grenzen zwischen juristischen und soziologischer Methode" J.C.B. Mohr. Berlin, 1911.
- KELSEN, Hans, "La teoría pura del Derecho". Trad. de Moises Nilve. Edit. Eudeba. Buenos Aires, 1971.
- KLUG, Ulrich, (Prof. de Heidelberg), "Lógica jurídica". Facultad de Derecho de Venezuela, 1961.

- KRUSE, Heinrich Wilhelm, "Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts". J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1971.
- LASERRA, Giorgio, "L'interpretazione della Legge". Edit. Eugenio Jovene. Nápoles, 1955.
- LEVI, E.H., "Introducción al razonamiento jurídico". Segunda Edic. traducida por R. Carrio. Edit. Eudeba. Buenos Aires, 1971.
- LLEWELLYN, R., "On Reading and Using the Newer Jurisprudence". - Law Review. Columbia, 1940.
- MAYER-MALY, Theo, "Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit". Verlag C.F. Müller. Karlsruhe, 1971.
- MENGER, Christian-Friedrich, "Moderner Staat und Rechtsprechung". J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1968.
- NAUCKE, Wolfgang, "Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht". J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1973.
- PEHLE, Rudolf, und STIMPEL, Walter, "Richterliche Rechtsfortbildung". Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1960.
- POUND, Roscoe, "El espíritu del common law". Trad. de J.L. Puig Brutau, Edit. Bosch. Barcelona, 1954.
- POUND, Roscoe, "Jurisprudence". Edit. Wert. Publishing St. Paul. Minnesota, 1959.
- POUND, Roscoe, "Introducción a la Filosofía del Derecho" Trad. - de Fernando N. Barrancos. Edit. Tea. Buenos Aires, 1972.
- RADBACH, Gustavo, "Filosofía del Derecho". Edit. Rta. de Derecho Privado. (Erik Wolf. 165. Koehler). Madrid, 1959.

- ROSS, Alf., "Sobre el Derecho y la justicia". Trad. de R. Carrio. Edit. Eudeba. Buenos Aires, 1963.
- ROSS, Alf., "Lógica de las normas". Trad. de José Hierro. Edit. - Tecnos. Madrid, 1971.
- RUMELIN, "Die Billigkeit in Recht". J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). - Tübingen, 1921.
- SAVIGNY, Frederic Carl. "Sistema del Derecho romano actual". Edit. Góngora. Segunda Edic. Madrid, 1878.
- SPOTA, Alfredo, "El Juez, el Abogado y la formación del Derecho a través de la jurisprudencia". Edit. Depolma. Buenos Aires, 1963.
- TREVES, Renato, "Lezioni di Filosofia del Diritto". Edit. La Gissardica. Milán, 1969.
- VERNENGO, R.J., "La interpretación literal de la Ley y sus problemas". Edit. Perrot, Buenos Aires, 1971.
- VIEHWEG, Theodor, "Tópica y jurisprudencia". Trad. de Luis Díez - Picazo. Edit. Taurus, Madrid, 1964.
- WELZEN, Hans, "Introducción a la filosofía del Derecho". Trad. de Felipe Gonzalez Vicen. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1971.
- WOLF. Fr. R., "Das Problem der Naturrechtslehre". Verlag Müller. Karlsruhe. Edit. Ariel. s/f.

- 505 -

I N D I C E   G E N E R A L

## I N D I C E

### PRIMERA PARTE

	Págs.
CAPITULO I.- INTRODUCCION .....	3
1.- Tema objeto de la tesis .....	5
2.- De la creación del Derecho y sistema a seguir en el desarrollo de la exposi- ción .....	17
CAPITULO II .- ARBITRIO Y ACTIVIDAD JUDICIAL .....	27
1.- Arbitrio judicial. Desarrollo .....	29
A.- Regulación legal .....	39
B.- Apunte jurisprudencial .....	40
2.- Actividad judicial en la creación del Derecho .....	43
3.- Actividad judicial en su fase de apli- cación de la norma. Interpretación .....	66
A.- Fuentes del Derecho .....	66
a.- Clasificación .....	66



	Págs.
b.- Otras clases de fuentes jurí- dicas .....	70
c.- Las fuentes en el Derecho es- pañol .....	71
B.- Desarrollo de la actividad judi- cial. Interpretación .....	74
a.- Concepto de aplicación de las normas jurídicas .....	75
b.- Concepto de la interpretación de la norma .....	78
c.- Clases de interpretación .....	81
d.- Elementos de la interpretación:	
- Teorías al respecto .....	87
- Reflejo jurisprudencial .....	87
e.- Cometido de la interpretación ....	91
f.- Métodos de interpretación .....	93
1.- Métodos tradicionales .....	93
a') Método histórico-dogmáti- co .....	95
b') Escuela de la exégesis ...	95

c') Escuela histórica-	
alemana .....	99
2.- Métodos modernos .....	102
a') Método histórico-evo-	
lutivo .....	102
b') Jurisprudencia concep-	
tualista .....	103
c') Escuela del Derecho -	
Libre .....	103
d') La jurisprudencia de	
los intereses .....	109
e') Método finalista .....	110
f') Realismo y judicialismo	
en el pensamiento jurí-	
dico anglosajón .....	113

### CAPITULO III.- APLICACION DE LAS FUENTES MATE

#### RIALES COMO ELEMENTOS INTEGRA-

#### DORES DE LA LEY .....

118

#### 1.- Principios generales del Derecho .....

120

#### A.- Introducción .....

120

	Págs.
B.- Principios legalizados .....	124
C.- Principios formulados por la Jurisprudencia del T.S. ....	125
D.- Principios no formulados al ordenamiento jurídico .....	126
2.- Otros elementos integradores de la Ley .....	136
A.- La analogía .....	136
a.- Introducción y concepto .....	136
b.- Alcance y significación .....	140
c.- Funciones .....	143
d.- La analogía en el Derecho español .....	146
e.- Conclusiones .....	149
B.- La equidad .....	153
a.- Introducción y concepto .....	153
b.- Derecho español .....	153
c.- Función .....	160
d.- Posiciones doctrinales .....	162
e.- Conclusiones .....	164

CAPITULO IV.- INEXISTENCIA DE FUENTES. LAS

LAGUNAS JURIDICAS .....	166
1.- Introducción y concepto .....	168
2.- La investigación integradora del	
Derecho .....	174
A.- Idea general .....	175
B.- Antecedentes históricos .....	175
C.- Disquisiciones doctrinales .....	178
D.- Sistemas que tratan de colmar -	
las lagunas del ordenamiento le	
gislativo .....	184

CAPITULO V.- RESULTADO DE LA ACTIVIDAD JUDI

CIAL. LA JURISPRUDENCIA .....	191
1.- Introducción y concepto .....	193
2.- Método jurisprudencial .....	201
3.- Significación .....	204
4.- El problema de la jurisprudencia co	
mo fuente del Derecho .....	216
A.- Doctrina negativa .....	216

	Págs.
B.- Doctrina positiva .....	217
a.- Parificación de la <u>juris</u> prudencia con la costumbre .....	217
b.- Subsunción de la norma <u>ju</u> - risprudencial .....	218
c.- Reconocimiento del valor jurisprudencial en la <u>legis</u> lación positiva .....	218
d.- Estimación de la <u>jurispruden</u> cia como fuente, sin <u>justifi</u> cación legal .....	219
C.- Doctrina ecléctica .....	219
5.- Finalidad de la jurisprudencia .....	223
6.- Formación del Derecho a través de la jurisprudencia .....	224
7.- Concepto legal de la jurisprudencia ....	238
INDICE .....	244

I N D I C E

SEGUNDA PARTE

	Págs.
CAPITULO VI.- INTRODUCCION .....	251
1.- Material preseleccionado del C.C. ....	254
2.- Material escogido para la investigación .	258
- Artículo 38 : Beneficio de pobreza pa ra litigar .....	258
- Artículo 56 : Obligación de conviven- cia, fidelidad y socorro mutuo .....	261
- Artículo 171 : Ejemplos corruptores ...	267
- Artículo 361 : Edificación y cultivo de buena fe .....	273
- Artículo 362 : Edificación y cultivo de mala fe .....	276
- Artículo 433 : Posesión de buena fe. Concepto .....	280
- Artículos 434 a 437 : Presunción de buena fe .....	284

- Artículos 451 y 452 : Posesión de buena fe. Efectos en cuanto a los frutos...	288
- Artículos 455 a 459 : Poseedor de mala fe .....	293
- Artículos 464 a 466 : Posesión de buena fe en bienes muebles. Equivale al título .....	297
- Artículo 667 : La voluntad del testador es la suprema Ley en materia de sucesiones .....	301
- Artículo 675 : Interpretación sistemática teniendo en cuenta el conjunto armónico de las disposiciones .....	305
- Artículo 695 : Apreciación de capacidad a juicio del Notario .....	312
- Artículo 1101 : Obligaciones contractuales .....	317
- Artículo 1103 : Moderación por los Tribunales .....	324

Págs.

- Artículo 1105 : Caso fortuito y fuerza mayor .....	328
- Artículo 1106 : La apreciación de daños y perjuicios y la determinación de su cuantía competen al Tribunal "a quo". - Daño moral .....	337
- Artículo 1124 : La apreciación de los daños y perjuicios incumbe a la Sala sentenciadora .....	343
- Artículo 1137 : Obligaciones mancomunadas y solidarias. Doctrina general : - solidaridad activa y pasiva .....	348
- Artículo 1154 : El juicio de equidad - del Tribunal "a quo" para moderar la - pena no es revisable en casación .....	351
- Artículo 1214 : La apreciación de la - prueba es "facultad de la Sala sentenciadora" .....	354
- Artículo 1249 : Presunciones .....	357



Págs.

- Artículo 1251 : Resoluciones de Juez al servicio de Gobierno marxista .....	361
- Artículo 1252 : Diferencia entre la cosa juzgada en sentido material y en sentido formal .....	364
- Artículo 1255 : Libertad de las conven- ciones .....	367
- Artículo 1258 : Cláusula "rebus sic - stantibus" .....	371
- Artículo 1281 : Reglas de interpreta- ción de los contratos .....	375
- Artículo 1282 : Interpretación de los contratos por actos coetáneos y poste- riores .....	380
- Artículos 1297 y 1298 : Presunciones - de fraude .....	386
- Artículo 1451 : Promesa de venta o de compra .....	390
- Artículo 1544 : Letrados .....	397

Págs.

- Artículo 1553 : Obligación de saneamiento en el arrendador .....	401
- Artículo 1554 : Conservar la cosa en estado de servir para el uso a que fue destinada .....	403
- Artículo 1558 : Reparaciones en la cosa arrendada .....	407
- Artículo 1753 : Simple préstamo .....	412
- Artículo 1790 : Contrato aleatorio ....	419
- Artículo 1902 : Obligaciones nacidas de culpa o negligencia .....	421
CAPITULO VII.- RESUMEN Y CONCLUSIONES .....	426
1.- Actividad y arbitrio judiciales .....	427
2.- La Jurisprudencia como fuente del Derecho .....	440
3.- Integración de los fenómenos sociológicos en la Ley .....	451
NOTAS .....	463

	Págs.
BIBLIOGRAFIA .....	486
Doctrinal española .....	487
Doctrinal extranjera .....	499
INDICE GFNERAL .....	505
Indice Primera Parte .....	506
Indice Segunda Parte .....	512